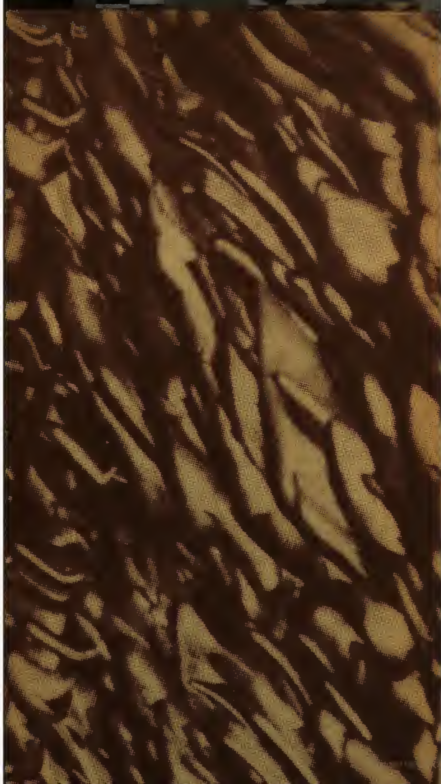




CODE NAPOLÉON.

LIVRE III, — TITRES III & IV.

DES CONTRATS

OU DES

OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL

ET DES

ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

V.

LIMOGES. — DUCOURTIEUX ET Cᵉ, IMPRIMEURS LIBRAIRES.

THÉORIE & PRATIQUE

DES

OBLIGATIONS

OU

COMMENTAIRE

DES TITRES III & IV, LIVRE III, DU CODE NAPOLÉON

Art. 1101 à 1386

PAR M. L. LAROMBIÈRE

Président à la Cour impériale de Limoges.

TOME CINQUIÈME.

PARIS

A. DURAND, LIBRAIRE, 7, RUE DES GRÈS-SORBONNE

1857

CODE NAPOLÉON.

LIVRE III. — TITRE III.

DES CONTRATS

Ou des Obligations conventionnelles en général.

(Décrété le 7 février 1804. Promulgué le 17 du même mois.)

SECTION II.

DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

ARTICLE 1341.

Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. — Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

Sommaire.

1. Caractère de la preuve testimoniale.
2. Législation romaine.
3. Ordonnances de Moulins et de 1667.
4. Sur quoi sont fondées les restrictions apportées à la preuve testimoniale.
5. Elle est admissible pour chose n'excédant pas cent cinquante francs.
6. Sens de ces mots, toutes choses.

COMMENTAIRE.

1. Dans le principe, tout a dû être confié à la mémoire et à la parole des témoins. L'écriture, appliquée à la conservation des preuves, ou considérée comme preuve, n'est venue que plus tard. Le combat et les épreuves judiciaires, le serment des parties et leurs compurgateurs, toutes ces inventions de la barbarie furent imaginées bien moins pour suppléer les preuves que pour s'en passer. Il y avait cependant, dans la pratique de cette affreuse procédure, un appel incessant fait aux témoignages, puisqu'on y prenait à témoins les hommes et Dieu même.

La preuve testimoniale porte avec elle sa définition : c'est celle qui résulte des déclarations orales de personnes régulièrement appelées en justice comme témoins. On l'appelle aussi preuve orale ou vocale, parce que les déclarations de ces témoins ont lieu de vive voix.

Ce n'est pas cependant, ainsi que nous l'avons observé, que la preuve littérale elle-même ne se fonde sur le témoignage des hommes. Mais il y a entre elles cette différence fondamentale, que celle-ci fixe et recueille, au moyen de l'écriture, les souvenirs d'une manière inaltérable et permanente, tandis que l'autre se confie exclusivement à l'exactitude et à la fidélité de leur mémoire. Or, si l'écriture est un témoin, c'en est un qui est difficilement corrompu (1).

Si l'on considère que la preuve testimoniale a été usitée dans tous les temps et dans tous les lieux, que son usage est même chez les peuples civilisés une nécessité des relations sociales, on sera sans doute disposé à lui attribuer, sur la preuve littérale, la prééminence et la supériorité. Cependant, tel est le degré d'autorité et de confiance que le législateur moderne accorde à cette dernière, que la preuve testimoniale n'occupe plus maintenant dans notre droit civil, à raison des conditions particulières de son admissibilité, qu'un rang inférieur et une

(1) MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. 28, ch. 11.

place exceptionnelle. S'il est, en effet, certains cas où elle n'est point admise, il n'en est aucun où la preuve littérale soit rejetée.

2. La loi romaine, de même que toutes les législations de l'antiquité, accordait à l'une et à l'autre une autorité égale. *Si res gesta sine litterarum quoque consignatione veritate factum suum præbeat, non ideò minùs valebit quod nullum instrumentum de eâ intercessit* (1); lorsque, en dehors de la preuve littérale, la vérité d'un fait juridique est établie, il n'en est pas moins valable, bien qu'aucun acte instrumentaire n'ait été dressé. *In exercendis litibus eamdem vim obtinent tàm fides instrumentorum quàm depositiones testium* (2); dans les débats judiciaires, une égale force probante est attachée aux énonciations des actes et aux déclarations des témoins. Tels étaient les principes de la législation romaine.

Justinien alla même plus loin. Il consacra la prééminence de la preuve testimoniale sur la preuve littérale. *Si vero tale aliquid contigerit quale in Armeniâ factum est, ut aliud quidem faciat collatio litterarum, aliud vero testimonia; tunc nos quidem existimavimus ea quæ vivâ dicuntur voce et cum jurejurando, hæc digniora fide quàm scripturam ipsam secundum se subsistere. Verumtamen sit hoc judicantis prudentiæ simul atque religionis ut veracibus potiùs pro talibus credat : et nos quidem secundum hunc modum existimavimus oportere probari fidelia documenta* (3); s'il arrive, comme il est arrivé en Arménie, que l'écriture et les témoignages soient en contradiction, nous pensons que, dans ce cas, les déclarations faites de vive voix, et sous la foi du serment, sont plus dignes de foi que les énonciations de l'écrit; sauf à la prudence et à la religion du juge à en apprécier la véracité. Nous pensons même qu'il faut vérifier de cette manière les actes instrumentaires.

(1) L. 5, *ff. De fide instr.*
(2) L. 15, C. *De fide instr.*
(3) Novelle 73, ch. 3.

3. Ces principes passèrent dans notre ancienne jurisprudence française. Bouteiller (1) disait, en conséquence : « S'il advient que, en jugement, une partie se vueille aider de lettres en preuve, et l'autre partie vueille aider de tesmoings singuliers, sachez que la vive voix passe vigueur de lettres, si les tesmoings sont contraires aux lettres. Et se doit le juge plus arrester à la déposition des tesmoings qui, de saine mémoire, déposent et rendent sentence de leur déposition, qu'à la teneur des lettres qui ne rendent cause. »

Remarquez ces mots : la vive voix passe vigueur de lettres. Loisel (2) en fit une de ses règles; témoins passent lettres. Mais aujourd'hui lettres passent témoins.

L'ordonnance de Moulins, rendue au mois de février 1566, restreignit en effet, la première, cette admission illimitée et absolue de la preuve testimoniale. Voici les dispositions de son article 54 : « Pour obvier à la multiplication de faits, que l'on a vu ci-devant être mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins, et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvéniens et involutions de procès : avons ordonné et ordonnons, que doresnavant de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passés contrats pardevant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve ès-dites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu au contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir esté dit ou convenu avant icelui, lors et depuis. En quoi n'entendons exclure les preuves des conventions particulières et autres qui seraient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées. »

Ces mêmes dispositions ont été reproduites par l'article 2, titre 20, de l'ordonnance de 1667 : « Seront passés actes pardevant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépôts volontaires; et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre

(1) *Somme rurale*, tit. 106.
(2) Instit., liv. 5. tit. 5, reg. 5.

et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent livres, sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands. »

L'article 1341 du Code Napoléon n'est, en réalité, que la reproduction des dispositions des ordonnances de 1566 et de 1667. Son économie se résume en deux points principaux : obligation de passer acte devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs; rejet de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué avoir été dit lors, avant ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. La seule différence notable qu'il y ait entre les dispositions de l'article 1341 et celles des anciennes ordonnances, consiste uniquement dans la substitution du chiffre de cent cinquante francs à celui de cent livres. Et, à raison de la valeur de toutes choses lors de sa promulgation, on peut dire que le Code Napoléon apporte à l'admission de la preuve testimoniale des restrictions plus étroites que la législation antérieure, du moins pour le temps où les ordonnances de 1566 et de 1667 furent édictées. Car, aujourd'hui surtout, une somme de cent cinquante francs est beaucoup moins considérable que cent livres autrefois.

4. Est-il sage, est-il juste de restreindre ainsi l'admission de la preuve testimoniale? Boiceau, qui a fait un Traité de la preuve testimoniale, ou plutôt un commentaire de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, nous apprend que si cette loi, œuvre du chancelier de l'Hospital, parut à quelques-uns odieuse, dure et contraire au droit civil, en ce qu'elle restreint les moyens de découvrir la vérité; qu'elle semble bannir la bonne foi et la confiance mutuelle du commerce des hommes; qu'elle fait une obligation à ceux qui ne savent pas écrire de recourir au ministère d'un officier public; qu'elle impose enfin au magistrat

la nécessité d'une certitude légale et d'une conviction forcée; cependant, aucune ne fut reçue, dans son temps, avec plus de faveur.

Nous avons entendu plus d'une fois, et sans plus de raison, renouveler ces reproches contre la prohibition ou plutôt les restrictions de la preuve testimoniale. Nous avons même vu des juges, cédant d'ailleurs à d'honorables scrupules d'équité, éluder, autant qu'ils le pouvaient, la stricte et rigoureuse application de l'article 1341. Quant à nous, nous n'avons jamais cessé de nous élever contre ces funestes tendances qui poussent le magistrat à mettre sa raison individuelle au-dessus de la sagesse de la loi, et à violer, au nom d'une équité apparente et trompeuse, les principes de droit qui sont les ancres les plus fermes de la justice.

Pour bien apprécier l'esprit de sagesse qui a présidé à la rédaction de nos anciennes ordonnances et de l'article 1341, il faut supposer un instant que la preuve testimoniale est admise d'une manière illimitée et absolue. Les moindres inconvénients qui pourront en résulter seront, sans aucun doute, la multiplicité des procès et les involutions de procédure, suite inévitable de la facilité et de l'entraînement avec lesquels les faits seront allégués et déniés, les offres de preuve faites, les enquêtes ordonnées, les témoins produits, les témoignages reprochés, discutés et combattus de part et d'autre. Mais le danger le plus sérieux et le plus réel sera dans l'impuissance à laquelle seront réduits les juges eux-mêmes, de discerner la vérité au milieu de témoignages contradictoires, constamment suspects d'erreur, de fausseté et de corruption. Du moment que tout devient une question de preuve testimoniale, tout est, par cela même, abandonné à l'incertitude, au hasard, à la fraude et au dol. Il n'y a plus ni sécurité, ni garantie pour la fortune des citoyens. Il n'est aucune prétention, si injuste qu'elle soit, qui ne puisse prévaloir à l'aide de témoins corrompus et apostés, l'intérêt même du débat servant de solde à la subornation et d'aliment au mensonge. Si, enfin, la prudence et la sagesse du juge peuvent rassurer quelquefois, il n'en est pas moins vrai

que l'exercice de ce pouvoir arbitraire vient lui-même aggraver le péril.

Voilà les inconvénients et les dangers que le législateur moderne a essayé de prévenir, en opposant quelques restrictions à l'admission, autrefois illimitée, de la preuve testimoniale. Nous n'irons point jusqu'à prétendre qu'ils aient été tous par là prévenus. Mais il est incontestable qu'ils ont été considérablement réduits. Si la loi nouvelle semble défendre aux hommes de se fier les uns les autres à leur parole, comme s'ils n'étaient plus capables de bonne foi, ce n'est pas par un sentiment gratuitement injurieux envers l'humanité; c'est uniquement par une malheureuse expérience de l'erreur, de la fraude, de la mauvaise foi et du mensonge. Si elle exige qu'il soit passé acte public ou privé, lorsque la chose excède une certaine somme, ce n'est pas qu'elle veuille restreindre les moyens de découvrir la vérité; elle veut seulement en régler l'usage et les épurer. Et de ce qu'elle attribue alors exclusivement à la preuve littérale seule une autorité probante complète, il s'ensuit que les parties sont sollicitées par leur propre intérêt à satisfaire, autant qu'elles le peuvent, à ses sages et prudentes prescriptions. La loi contient ainsi en elle-même une sanction qui concourt, en diminuant les cas d'infraction, à assurer avec une certitude plus grande la manifestation de la vérité. Ses exigences sont enfin une garantie contre toute appréciation arbitraire de la part du juge, puisqu'elles lui font un devoir de ne former sa conviction que sur les seuls éléments de preuve auxquels elle reconnaît une autorité légale.

Que si elles obligent, dans leur rigoureuse application, les personnes illettrées à recourir au ministère d'un officier public, ce n'est pas, à coup sûr, une raison pour les condamner. Cette nécessité, qui ne provient que d'un défaut de savoir, ne saurait, en effet, motiver aucune distinction ni exception à l'égard de personnes que leur ignorance même rend plus dignes de la protection de la loi. Cette considération est d'ailleurs inapplicable au cas où il s'agit de produire la preuve testimoniale

contre et outre le contenu aux actes, ou sur ce qui est allégué avoir été dit avant, lors ou depuis.

Nous reconnaissons volontiers que la prééminence accordée à la preuve littérale et l'exclusion prononcée contre la preuve par témoins, ont souvent pour conséquence de forcer la justice, quoique la conscience et la conviction du magistrat comme homme y répugnent, à consacrer comme légalement avérés des faits dont l'existence est plus qu'incertaine, ou même visiblement fausse. Faut-il donc accuser la loi d'iniquité? Que l'on veuille bien faire, par la pensée, un retour sur quelques-unes de ces affaires dont le jugement, fondé sur le droit rigoureux, *summo jure,* laisse la conscience alarmée et inquiète; n'est-il pas vrai que, si le bon droit apparent périt à défaut d'une preuve régulière, la faute doit en être imputée le plus souvent, disons même toujours, à l'imprudence seule de la personne, à son imprévoyance, à l'inaccomplissement des mesures que la loi lui prescrivait de prendre dans son intérêt? C'est bien assez que les lois soient chargées de leurs propres imperfections, sans l'être encore des fautes et des imprévoyances des hommes.

5. Nous entrons maintenant dans le commentaire de notre article.

Il doit être passé acte, dit-il, devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la valeur de cent cinquante francs. Mais il n'énonce pas expressément quelle est la sanction de l'inaccomplissement de cette prescription. Il est facile de la suppléer. De l'obligation même qu'il impose de passer acte, il résulte que, si cet acte n'est point passé, les parties n'ont aucune preuve légale de leur engagement. Cette nécessité d'un acte écrit emporte exclusion de tout autre genre de preuve. L'article 54 de l'ordonnance de 1566 en avait une disposition formelle : Seront passés contrats, dit-il, pardevant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve ès-dites matières. On ne saurait douter que l'article 1341 ne soit conçu dans le même esprit, et ne contienne la même exclusion. Mais la nécessité d'un acte écrit,

sauf quelques exceptions, ne concerne que la preuve du contrat, et ne touche point, quant au fond, à sa validité.

La preuve testimoniale est donc inadmissible pour toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs. Mais au-dessous de cette somme ou valeur, elle est parfaitement admissible, sauf le cas où il aurait été dressé un acte, ainsi que nous l'expliquerons bientôt. Le législateur ne pouvait, en effet, repousser, dans ce cas, la preuve par témoins sans gêner et entraver d'une manière préjudiciable les relations les plus simples et les plus ordinaires de la vie. La modicité des intérêts en débat ne permet pas d'ailleurs de supposer, comme on pourrait le craindre dans des contestations plus importantes, l'emploi des mêmes moyens de fraude, de mauvaise foi et de subornation.

6. Ces expressions, toutes choses, dont se sert l'article 1341, sont empruntées aux ordonnances de 1566 et de 1667. Elles ont le sens le plus large et le plus étendu. Elles s'appliquent à tous les faits juridiques, quels qu'ils soient, soit qu'ils aient pour objet la formation des contrats ou leur extinction (1). Il semble même que le législateur les ait employées avec une intention réfléchie, pour éviter les difficultés d'interprétation qu'avait fait naître l'ordonnance de Moulins. Quoiqu'elle se fût servi des termes, toutes choses, les commentateurs pensaient que la prohibition de la preuve testimoniale ne s'appliquait qu'à la formation des conventions, et nullement à l'extinction des obligations (2). Ils se fondaient sur ce qu'elle disait, seront passés contrats, et sur ce que ce mot de contrats ne concerne que les conventions. Mais l'ordonnance de 1667 ayant pris soin de ne pas employer le mot de contrats, et d'y substituer celui d'actes, la généralité de cette dernière expression ne permit plus ni distinction, ni doute (3).

(1) Toullier, t. 9, n° 23. — Zachariæ, t. 5, pag. 698, n^te 1. — Duranton, t. 13, n° 315.—Merlin, Rép., v° *Preuve*, sect. 2, § 3, art. 1, n° 7. — Cass., 5 fév. 1812. Sirey, 12, 1, 288.

(2) Danty, sur Boiceau, ch. 11.

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 751.

C'est le même mot qu'emploie l'article 1341. Ses dispositions sont ainsi indistinctement applicables à tous les faits juridiques, de quelque nature et espèce qu'ils soient, qui ont pour objet direct et nécessaire de former, éteindre, résoudre, reconnaître, confirmer, ratifier, innover, modifier, restreindre, étendre ou enfin de transférer des obligations et des droits (1). Nous accumulons exprès tous les actes qui peuvent intervenir, afin qu'on puisse embrasser, d'un coup d'œil, toute l'étendue des dispositions de notre article, et résumer, dans leur variété infinie, les décisions de la jurisprudence.

7. Il est même applicable aux consentement, autorisation et assistance qui sont nécessaires pour habiliter la personne d'un incapable, tel que le mineur, la femme mariée. L'autorisation du mari, ou le concours du tuteur, pourra donc ou non être prouvé par témoins, suivant que l'intérêt du fait juridique, à l'occasion duquel il a dû intervenir, n'excèdera pas ou excèdera cent cinquante francs.

Quant à l'autorisation du mari, on objecterait vainement que l'article 217 exige son concours dans l'acte ou son consentement par écrit, pour soutenir que l'on ne peut établir par témoins, hors les cas exceptionnels des articles 1347 et 1348, l'existence d'une autorisation donnée verbalement, alors même qu'il s'agit d'un acte juridique dont la valeur ne dépasse pas cent cinquante francs (2). Nous pensons qu'en interprétant ainsi l'article 217, on lui donne un sens exagéré. S'il parle, en effet, du consentement par écrit, c'est qu'il suppose qu'un acte a été rédigé. Ce qui le prouve, c'est l'alternative qu'il pose entre le consentement écrit du mari et son concours dans l'acte. Mais, lorsqu'aucun acte n'a été rédigé, lorsque la convention a été purement verbale, il nous semble qu'aucune raison, même spécieuse, n'empêche de rentrer dans le droit commun des articles 1341 et suivants, et, conséquemment, d'établir par témoins que la femme a été régulièrement auto-

(1) Zachariæ, t. 5. pag. 700.
(2) Zachariæ, t. 3, pag. 336.

risée par son mari, pourvu que la chose n'excède pas cent cinquante francs. Autrement, on ne comprendrait pas comment la preuve testimoniale, qui est admise pour établir l'engagement de la femme, devrait être rejetée aussitôt qu'il s'agit de prouver qu'elle s'est engagée valablement, sous l'autorisation maritale. Il n'y a donc aucune distinction à faire, quant aux moyens de preuve admissibles, entre la preuve de l'engagement en soi, et la preuve des conditions particulières de sa validité (1).

Quant au tuteur, nous ajoutons qu'il n'existe, par rapport à lui, aucune disposition analogue à celle de l'article 217. Et cette observation fortifie elle-même notre opinion sur l'admissibilité de la preuve testimoniale concernant l'autorisation du mari.

8. En ce qui touche l'importance de la chose qui fait le sujet de l'acte, son évaluation ne présente aucune difficulté, lorsqu'elle consiste en une somme d'argent. Mais, si elle est d'une nature différente, il y a nécessité de l'évaluer préalablement, pour savoir si sa valeur excède ou non cent cinquante francs, et si, en conséquence, la preuve testimoniale est inadmissible ou recevable.

Cette évaluation préalable doit être faite, même d'office, par le juge, suivant les règles ordinaires de l'expertise, soit qu'il la fasse lui-même, comme étant expert de droit, soit qu'il nomme des experts pour éclairer sa religion. Il admet alors, d'après le résultat de l'expertise, la preuve testimoniale ou la rejette, suivant que la valeur de la chose est inférieure ou supérieure à la somme de cent cinquante francs (2).

Il n'y a même pas à distinguer entre les choses mobilières ou immobilières, ni entre les actes juridiques dont elles font le sujet. Bien que la valeur en soit indéterminée, il n'y a point lieu de déclarer, sans vérification préalable, la preuve testi-

(1) Voy. *infrà*, nº 35,

(2) Favard, Rép., vº *Preuve*, § 1, nº 3. — Zachariæ, t. 5, pag. 711. — Marcadé, art. 1341, nº 2.

moniale inadmissible. Mais, nous le répétons, le juge peut en apprécier lui-même immédiatement la valeur, par ses propres connaissances et d'après les circonstances de la cause.

9. Il peut arriver que le demandeur ait déterminé, par ses conclusions, la valeur de la chose à une somme qui ne dépasse pas cent cinquante francs. Dans ce cas, le défendeur, qui s'oppose à l'admission de la preuve testimoniale, n'en conserve pas moins le droit de demander au juge une évaluation régulière qui serve à décider, d'après ses résultats, la question de savoir si la preuve testimoniale doit être admise ou rejetée. Autrement, il serait à la discrétion du demandeur, contrairement au texte et à l'esprit de la loi, de rendre toujours la preuve par témoins admissible, en réduisant le chiffre de ses prétentions.

Tel est le cas où je demande, à titre de dommages et intérêts, une somme inférieure à cent cinquante francs, en même temps que je poursuis la résolution d'un contrat, ou que j'entends en faire constater l'inexécution. Sans contester, d'ores et déjà, le chiffre des dommages et intérêts réclamés, et tout en se réservant de le débattre plus tard, le défendeur prétend que l'objet du contrat allégué a une valeur excédant cent cinquante francs, et que, en conséquence, la preuve testimoniale n'est pas admissible. Le juge est alors obligé de vérifier cette exception. Car les prétentions du demandeur ne sont fondées que sous la condition que l'existence de la convention sera préalablement établie. Or, si son objet excède la valeur de cent cinquante francs, la preuve par témoins est irrecevable (1).

Remarquez que la contestation du défendeur doit alors porter sur l'objet principal du contrat, et non sur les dommages et intérêts réclamés contre lui. S'il venait à contester seulement le chiffre de l'indemnité prétendue, en soutenant que le dommage est supérieur à la somme de cent cinquante francs, cette manière d'engager le débat contiendrait, de sa

(1) ZACHARIÆ, t. 5, pag. 711. — BONNIER, *Preuve*, n° 102. — *Contrà*, FAVARD, *ibid.*

part, une reconnaissance implicite de l'existence de la convention; et cet aveu suffirait lui-même, suivant les circonstances, pour faire admettre la preuve testimoniale.

10. La justesse de cette observation devient encore plus sensible, si l'on suppose qu'une clause pénale a été stipulée. Le demandeur réclame, à ce titre, une somme qui n'excède pas cent cinquante francs. Vainement l'autre partie contestera le chiffre de la peine prétendue stipulée, pour tenir lieu de dommages et intérêts, en prétendant qu'elle a été arbitrée d'avance à une somme excédant cent cinquante francs, et, qu'en conséquence, la preuve testimoniale est inadmissible. En dirigeant ainsi tout l'effort de sa contestation sur le montant de la clause pénale, elle reconnaît en effet, implicitement, l'existence du contrat au principal, et, en outre, accessoirement, l'existence de la clause pénale. La preuve par témoins pourra donc être admise.

11. Mais en quelle considération le juge devra-t-il prendre l'enquête, si elle vient à établir que, en effet, la clause pénale avait pour objet une somme excédant cent cinquante francs? Devra-t-il rejeter la demande par le motif que la somme réclamée, quoique inférieure à cent cinquante francs, fait partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit? Cette question rentre plus particulièrement dans le commentaire de l'article 1344. Cependant, puisqu'elle s'offre ici, nous devons la résoudre.

En règle générale, l'enquête n'a pu être admise que provisoirement, sans que le jugement qui l'a ordonnée ait préjugé l'admission de la demande pour le cas où il serait établi qu'elle fait partie d'une créance supérieure à cent cinquante francs. La preuve testimoniale n'a été et n'a pu être reçue que sous la réserve formelle ou sous-entendue d'appliquer, suivant le résultat de l'enquête, les dispositions de l'article 1344. Le juge devra donc rejeter la demande, et s'il est tenu compte des

témoignages, ce n'est précisément que pour ne pas l'admettre (1).

12. Nous croyons cependant devoir restreindre la généralité de cette décision. Si elle nous paraît incontestable au cas où il n'y a, de la part du défendeur, aucun aveu, aucune reconnaissance touchant l'existence de la convention principale, qui rende vraisemblable la stipulation de la clause pénale alléguée, il nous paraît, d'autre part, tout à fait conforme à la loi, d'admettre, au contraire, la demande, lorsque les résultats de l'enquête s'appuient sur un aveu, une reconnaissance établissant un commencement de preuve par écrit. L'article 1344, ainsi que nous le verrons plus loin, reçoit, en effet, exception dans ce cas. Il reste, dès lors, à apprécier, en fait et en droit, s'il existe ou non un commencement de preuve de cette espèce. Or, par la manière dont la contestation s'est engagée, le défendeur, en se bornant à contester le chiffre réclamé à titre de clause pénale, reconnaît, du moins implicitement, l'existence du contrat. Cette reconnaissance implicite est-elle assez nette, assez formelle pour rendre vraisemblable le fait de la clause pénale? C'est un point que le juge aura à apprécier. N'a-t-elle, au contraire, été faite que d'une manière incertaine, équivoque, sous toutes réserves et seulement d'une façon hypothétique? C'est encore un point abandonné à l'appréciation du juge.

13. Lorsque la demande a pour objet une peine que le défendeur prétend avoir été stipulée d'une somme supérieure à cent cinquante francs, il est indifférent que le contrat principal ait pour objet une chose qui soit inférieure ou supérieure à la valeur de cent cinquante francs. C'est la stipulation de la peine seule, si même elle ne se cumule avec l'objet principal de la convention, qui forme alors le sujet du débat, et qui doit, conséquemment, être évaluée. Nous verrons qu'il en est autrement en matière de simples dommages et intérêts.

14. La valeur de la chose qui fait le sujet de l'acte ne s'ap-

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 711, n[te] 32.

précie pas seulement à raison des stipulations principales et accessoires, mais encore eu égard à l'intérêt juridique que présente le fait contractuel qui forme la matière du débat.

Je prétends, par exemple, que vous avez fait entre mes mains un payement qui a eu pour conséquence, soit d'interrompre la prescription, comme acte de reconnaissance, soit de confirmer une obligation, comme acte d'exécution volontaire. Quel que soit le chiffre de ce payement, alors même qu'il serait inférieur à la somme de cent cinquante francs, je ne serai point admis à l'établir par la preuve testimoniale, si la créance ou l'obligation, dont je prétends que vous avez interrompu la prescription ou couvert la nullité, est elle-même supérieure à la somme ou valeur de cent cinquante francs. Le payement que j'allègue présente, en effet, un intérêt qui doit s'évaluer bien moins par le montant de son chiffre que par l'importance des conséquences de droit que je prétends en tirer (1).

15. Mais si l'objet qui forme la matière de l'acte est lui-même d'une valeur inférieure à cent cinquante francs, il importe peu que la demande ait pour objet une somme supérieure à ce chiffre.

Qu'il s'agisse, par exemple, d'une société où les mises réunies n'excèdent pas cent cinquante francs ; chaque sociétaire sera admis à la preuve testimoniale de cette convention, alors même qu'il réclame, pour sa part dans la société, une somme dépassant cent cinquante francs. Du moment, en effet, que le fait juridique, considéré au moment de sa consommation, présente une valeur inférieure à cette somme, les parties ont été dispensées de recourir à une preuve écrite (2).

(1) TROPLONG, *Prescript.*, nos 280, 622. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 703, 708. — MARCADÉ, art. 1341, no 3. — Riom, 4 mai 1841. SIREY, 41, 2, 334. — Douai, 19 janv. 1842. SIREY, 42, 2, 112. — Cass., 19 nov. 1845. SIREY, 46, 1, 709. — 13 nov. 1847. SIREY, 48, 1, 80. — *Contrà*, Toulouse, 18 mai 1831. SIREY, 31, 2, 302. — Caen, 20 mai 1840. SIREY, 40, 2, 300.

(2) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 58, nte 2, et T. 5, pag. 707. — TROPLONG, *Société*, no 202.

Réciproquement, si l'on suppose que les mises sociales réunies dépassent cent cinquante francs, la preuve testimoniale sera inadmissible, quoique chaque associé n'ait versé dans la société et ne réclame pour sa part qu'une somme moindre (1). C'est qu'au moment de la consommation du contrat, les parties ont contrevenu aux prescriptions de la loi, et que cette infraction suffit pour les exclure de la preuve testimoniale, abstraction faite du montant de leurs mises et du chiffre de leur demande.

L'article 1834 exige, en effet, que toutes sociétés soient rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs; et, par objet de la société, on doit entendre l'ensemble des mises réunies. C'est cet ensemble qui constitue la chose sur laquelle elle doit opérer, indépendamment de son résultat final (2).

Il ne faut donc pas confondre l'objet de la société avec sa fin, son but, qui est la réalisation de bénéfices. Ces bénéfices, incertains et éventuels, sont certainement entrés dans les prévisions des associés; mais ils ne font pas partie de l'objet même de la société. Cette considération des bénéfices aurait, d'ailleurs, pour résultat de rendre l'admission de la preuve testimoniale aussi inconstante que la fortune de la société. Elle est enfin contraire au droit commun, dont l'article 1834 n'est que l'expression, en ce que la loi, pour savoir si la convention doit être rédigée par écrit, ne se préoccupe que de la valeur actuelle de son objet, ou de la valeur qui, par suite de la convention, et dans les prévisions des parties, doit nécessairement, comme les intérêts, par exemple, s'adjoindre au principal.

16. Par application du même principe, on doit décider que la preuve testimoniale est inadmissible, si le fait qui forme le sujet du débat a une valeur excédant cent cinquante francs,

(1) *Contrà*, DURANTON, T. 13, n° 306, et T. 17, n° 343.

(2) ZACHARIÆ, *ibid.* — TROPLONG, *ibid.* — DUVERGIER, *Société*, n°s 72 et suiv.

quoique l'intérêt de la contestation soit moindre. Ainsi, on ne doit point tenir compte des aveux, déclarations, reconnaissances et offres qui ont pour résultat de réduire l'intérêt réel du litige à une somme inférieure à cent cinquante francs. C'est, encore une fois, que les parties ont contrevenu à la loi, qui leur enjoignait de se procurer une preuve écrite (1).

Tel est le cas où je vous demande trois cents francs, lorsque vous m'en offrez deux cents; où je vous demande quatre cents francs pour prix d'une chose vendue, quand vous prétendez ne l'avoir achetée que deux cent soixante francs, lesquels vous m'offrez.

17. En règle générale, et sauf quelques exceptions dont nous nous proposons de parler sous l'article 1347, les dispositions de l'article 1341, concernant la preuve testimoniale, s'appliquent à tous les contrats. Quant aux exceptions elles-mêmes, nous verrons qu'elles sont dans le sens d'une rigueur exceptionnelle.

18. Que signifient ces mots, même pour dépôts volontaires? En voici l'explication : Avant l'ordonnance de 1667, on avait douté si ces actes étaient compris dans l'ordonnance de 1566. On alléguait comme raison de douter que les dépôts ont lieu entre amis, sur parole, de confiance, sans rédaction d'aucun acte écrit, sans que le déposant ose même en faire au dépositaire la demande, pleine d'injurieux soupçons. Le Code Napoléon, comme l'ordonnance de 1667, a rangé le dépôt volontaire dans la classe commune des autres contrats. Et il a sagement fait; car les annales judiciaires contiennent plus d'un exemple des spéculations de l'intrigue et de la mauvaise foi envers de prétendus dépositaires. Quant au déposant, s'il ne retire pas de reconnaissance écrite, il n'aura qu'à imputer à sa propre imprudence de s'être confié à un dépositaire infidèle.

D'ailleurs la loi, en exigeant qu'il soit dressé acte du dépôt,

(1) Zachariæ, t, 5, pag. 706. — Marcadé, art. 1341, n° 2. — *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 318.

cache, sous les apparences d'une nécessité toute légale, ce qu'il peut y avoir d'injurieuse défiance dans la demande et la rédaction d'un acte instrumentaire.

19. Les premières dispositions de l'article 1341 recevront leurs développements sous les articles 1342 et suivants. Nous passons donc au second chef de ses dispositions.

Lorsqu'il a été rédigé un acte authentique ou sous seing privé, il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre son contenu, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis sa rédaction. Ce principe, consacré par notre législation moderne, est conforme à la règle suivante, posée d'abord par la loi romaine : *Contrà scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur* (1). C'est bien ce que nous disons aujourd'hui; lettres passent témoins. Nous avons vu que cette maxime, repoussée autrefois par Justinien et par notre ancienne jurisprudence française, y avait été introduite par les ordonnances de 1566 et de 1667.

20. Les dispositions de l'article 1341, sur ce dernier point, embrassent deux hypothèses bien distinctes. D'après la première, on ne peut rien prouver par témoins contre et outre le contenu de l'acte, c'est-à-dire que la preuve testimoniale est inadmissible pour établir que les stipulations et dispositions qu'il renferme ne sont point sincères ni exactes, et qu'elles doivent être remplacées par des stipulations, dispositions, clauses et conditions différentes, soit que la partie qui en allègue l'existence prétende que l'acte n'a reçu sa rédaction définitive et actuelle que par suite d'une inexactitude, d'une omission, d'une erreur involontaire; soit qu'elle soutienne qu'il n'a été ainsi rédigé que par suite d'un dessein prémédité et d'une pensée commune de réticence et de simulation.

La preuve par témoins est alors inadmissible sur tous changements et modifications que l'on prétend prouver contrairement à la teneur de l'acte. Il fait foi de la sincérité de sa rédac-

(1) L. 1, C. *De testib.*

tion, parce qu'il est à présumer que les parties contractantes, en rédigeant un acte instrumentaire dans le but de conserver la mémoire et de constituer la preuve de leurs dispositions et conventions, les y ont établies d'une manière entièrement conforme à la vérité. S'il était permis d'attaquer, à l'aide de simples témoignages, les actes publics ou privés, et de révoquer en doute l'exactitude et la sincérité de leurs énonciations, une semblable faculté, dont l'exercice n'en serait presque toujours que l'abus, aurait le double inconvénient, également désastreux, de détruire la foi due aux actes et de substituer à un mode de preuve que les parties ont elles-mêmes adopté, comme offrant plus de garanties, un autre genre de preuve dont l'expérience démontre l'incertitude et les dangers.

21. Mais cette première prohibition de la preuve testimoniale contre et outre la teneur d'un acte, serait elle-même sans efficacité, si les parties étaient autorisées à prouver par témoins que, soit avant la rédaction de l'acte, soit lors ou depuis, elles sont convenues verbalement, et sans en dresser acte, d'apporter à leur convention, telle qu'elle est rédigée, certains changements et modifications. Ce point est l'objet de la seconde prohibition. La preuve testimoniale est alors également inadmissible, et cette défense est tout aussi sage que la première.

L'acte public ou privé contredit, en effet, une semblable prétention; et l'on doit reconnaître qu'il est fait pour inspirer plus de confiance que des témoignages toujours suspects d'infidélité ou d'erreur. Que deviendrait ensuite l'autorité probante qui y est attachée, non seulement par sa nature même, mais encore par sa destination spéciale et son caractère contractuel, qui en font, pour les contractants, un moyen commun de garantie et un gage de sécurité? Ne résulte-t-il pas du silence de l'acte, ou de l'absence de tout autre écrit postérieur, la présomption que ces prétendues conventions verbales, modificatives du contrat primitif, sont restées à l'état de propositions simples ou de projets non réalisés? Que si, au contraire, elles ont été définitivement conclues, la partie qui veut les établir a à s'impute

de ne pas en avoir fait le sujet d'une rédaction nouvelle ou d'un acte particulier, tel qu'une contre-lettre.

Cette double prohibition de l'article 1341 est absolue et ne souffre aucune distinction, quelque soit le caractère de l'acte public ou privé, quelle que soit la nature de la convention ou disposition qui a été constatée par écrit.

22. Elle n'admet non plus aucune distinction par rapport aux témoins que l'on voudrait faire entendre. Le notaire qui a reçu l'acte, et les témoins qui ont assisté à sa rédaction, ne peuvent pas plus être entendus que tous autres. C'est toujours une preuve testimoniale. Il y aurait même, à leur égard, une raison particulière de convenance et de justice pour s'opposer à leur audition ; c'est qu'on ne comprend guère comment ils viendraient contredire les énonciations d'un acte à la rédaction duquel ils ont participé (1).

23. Il est enfin indifférent qu'il s'agisse dans l'acte public ou privé d'une somme ou valeur dépassant ou non cent cinquante francs. La preuve par témoins est toujours irrecevable, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. Telle est la disposition formelle de l'article 1341, qui ne fait que reproduire celle de l'ordonnance de 1667. Les raisons sur lesquelles elle est fondée ne permettaient aucune distinction. Car la foi due à un acte est indépendante de la valeur de la chose qui fait le sujet de la convention ou disposition.

24. Voyons maintenant dans quels cas et sous quelles conditions cette double prohibition est applicable.

Une première condition est essentielle : L'acte public ou privé, outre et contre la teneur duquel on propose une preuve testimoniale, doit, conformément aux règles que nous avons développées précédemment, faire foi pleine et entière des énonciations qu'il renferme. La prééminence accordée à la preuve

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 762. — Domat, *Lois civ.*, p. 1, liv. 3, tit. 6, sect. 2, n° 7.

littérale suppose en effet, nécessairement, que les énonciations que l'on prétend contredire au moyen de la preuve testimoniale sont couvertes par la foi qui est due à l'acte. S'il ne faisait pas foi entière de la disposition ou convention qu'il contient, il faudrait, au contraire, l'appui d'une preuve supplétive pour compléter le commencement de preuve qui en résulte. Cette preuve supplétive pouvant être administrée, soit à l'aide de témoignages, soit au moyen de simples présomptions, la foi due à l'acte, mais seulement d'une manière incomplète, peut être combattue par les mêmes moyens.

Je vous demande, par exemple, le payement d'un billet de mille francs, non revêtu du *bon pour* ou de l'*approuvé*. Cet acte ne fait pas pleine foi de la dette, et ne vaut que comme commencement de preuve par écrit. Vous pourrez en conséquence, contrairement à ses énonciations, établir par témoins que votre obligation n'existe pas, qu'elle est inférieure à mille francs, ou même que vous en avez acquitté une partie supérieure à cent cinquante francs. La charge de fournir cette preuve ne vous est même imposée que du moment où j'aurai fourni la preuve supplétive, dont le concours est nécessaire pour parfaire la preuve qui résulte incomplètement de mon titre. La preuve testimoniale serait, au contraire, inadmissible de votre part, si mon billet, étant régulier quant à la forme, faisait preuve complète de l'obligation qu'il énonce.

Réciproquement, si l'on suppose qu'il est revêtu de toutes les formes exigées, et qu'il porte seulement une somme inférieure à cent cinquante francs, je ne serai point admis à établir par témoins que vous me devez une plus forte somme. Mais, s'il est irrégulier, s'il ne fait pas preuve complète, et que vous en contestiez la teneur, je pourrai prouver par témoins, suivant les règles du droit commun, que la dette est de cent cinquante francs, quoique le billet informe en énonce une moindre. Car vous ne pouvez pas plus me l'opposer que je ne puis vous l'opposer moi-même, pour faire rejeter la preuve testimoniale respectivement offerte. C'est comme s'il n'y avait pas d'écrit, du moins d'écrit faisant foi entière. L'énonciation de la somme

dans le corps du billet vaut ainsi simplement comme présomption de son exactitude, sauf preuve contraire de votre part, et sauf complément de preuve de la mienne. Mais, quant à la preuve testimoniale que je prétends administrer, elle n'est recevable que jusqu'à concurrence de la somme de cent cinquante francs, au-delà de laquelle elle est déclarée inadmissible, à moins qu'il n'existe d'ailleurs quelque exception aux prohibitions de la loi qui en autorise l'admission pour une somme supérieure.

25. Quant aux faits dont l'article 1341 prohibe la preuve testimoniale contre et outre le contenu d'un acte, ils doivent être simplement en contradiction avec les énonciations du titre, sans qu'il résulte de leur allégation aucune exception ou moyen qui se confonde en réalité, soit avec une déclaration d'inscription de faux, soit avec une dénégation ou non reconnaissance d'écriture et de signature. Si l'articulation des faits aboutissait purement et simplement à une contradiction de cette nature, la foi due à l'acte étant, dès lors, attaquée dans son principe, il y aurait lieu de procéder préalablement à la vérification du titre. Et ce ne serait qu'après cette vérification faite que la double prohibition de l'article 1341 pourrait recevoir son application.

Les explications que nous donnons ici sont donc indépendantes de celles que nous avons déjà présentées sur la foi due aux actes authentiques ou privés, et sur leur vérification en justice, lorsqu'ils sont attaqués par la voie de l'inscription de faux, ou de la dénégation d'écriture et de signature. Cette observation elle-même prouve de plus en plus que notre article suppose que l'acte fait par lui-même complètement foi des énonciations qui sont contredites outre et contre sa teneur.

26. Telle est donc, en résumé, l'hypothèse à laquelle s'applique la double prohibition de l'article 1341 : L'acte public ou privé fait foi; son autorité probante n'est même pas autrement attaquée; seulement, l'une des parties prétend établir l'existence de certains faits qui en contredisent les énonciations, ou

allègue qu'il a été fait avant, lors ou depuis la rédaction de l'acte, quelque convention particulière qui y a introduit des modifications et des changements. C'est dans ce cas que la loi déclare la preuve par témoins inadmissible. Si nous avons insisté sur ce point, c'est qu'il est véritablement fondamental.

27. Quels sont maintenant les faits juridiques qui tombent sous l'application de l'article 1341? Il faut considérer comme tels, et conséquemment comme non susceptibles d'être prouvés par témoins, tous ceux qui, s'ils étaient prouvés, auraient pour conséquence immédiate et directe de changer, modifier, augmenter ou restreindre les droits et les obligations des parties, tels qu'ils sont constatés dans l'acte instrumentaire, qui a été rédigé précisément afin de les fixer et de les établir par écrit.

Vainement même la partie qui prétend prouver outre et contre la teneur de l'acte alléguerait-elle que l'existence avérée de la disposition ou convention rend vraisemblables les modifications et changements qu'elle articule. Il suffit qu'il s'agisse de clauses et conditions différentes qui ont pu et dû elles-mêmes être constatées par écrit, pour que la preuve testimoniale soit rejetée. Autrement, si l'acte attaqué, quelque claires et précises que fussent ses énonciations, pouvait jamais rendre vraisemblables les modifications et changements allégués, et fournir ainsi un commencement de preuve écrite à l'appui de la contradiction dont il est l'objet, on ne manquerait jamais de s'autoriser de son existence pour contredire sa teneur; et la loi aurait dès lors placé, à côté de ses prohibitions, un moyen facile de les éluder.

Par exemple, un billet ne contient aucune stipulation d'intérêts. Ce serait prouver contre et outre sa teneur que d'établir qu'il en est dû. La preuve testimoniale sera donc inadmissible. Cependant, on peut dire que l'existence avérée de la dette rend vraisemblable une stipulation d'intérêts. Mais cette vraisemblance cède devant le silence de l'acte, et le créancier a à s'imputer de ne pas les y avoir compris.

28. Citons quelques autres exemples.

La preuve testimoniale est irrecevable, conformément à notre article, lorsqu'il est allégué que le prix d'une vente ou d'un bail est supérieur ou inférieur à celui qui est fixé dans l'acte;

Qu'un bail est fait pour une plus longue ou plus courte durée que celle qu'il énonce;

Qu'il a été résilié (1) ou prorogé verbalement avant l'expiration du temps fixé par écrit;

Que la vente comprend d'autres objets ou héritages que ceux qui y sont énumérés, ou ne doit pas les comprendre tous;

Qu'il a été fait à une convention antérieure des modifications et des changements verbalement arrêtés, qui ont eu pour conséquence de forcer l'entrepreneur de dépasser le délai fixé pour l'exécution de ses travaux (2);

Qu'il existe un terme ou une condition alors que l'acte établit le contrat comme étant pur et simple;

Ou réciproquement que l'obligation est pure et simple, quand l'acte énonce un terme ou une condition;

Que le délai de réméré a été prorogé verbalement (3);

Que des intérêts ne sont pas dus, quoique l'acte en contienne la stipulation formelle;

Ou qu'ils sont dus à un taux moindre ou plus élevé que celui indiqué dans le titre, ou depuis un temps plus ou moins long que celui qui est désigné;

Que, par suite d'une convention additionnelle et verbale, il n'existe qu'un cautionnement simple au lieu d'un cautionnement ou d'un engagement solidaire que le titre établit;

Qu'un certain lieu de payement a été fixé, alors que le titre de créance en détermine un différent ou n'en établit aucun;

Que la somme portée dans l'acte doit être réduite ou augmentée suivant une convention verbale;

Que les parts des associés sont différentes de celles portées dans l'acte de société;

(1) Cass., 27 janv. 1812. Sirey, 12, 1, 184.
(2) Cass., 18 mars 1842. Sirey, 42, 1, 797.
(3) Merlin, Rép., v° *Preuve*, sect. 2, § 3, art. 1, n° 23.—Cass., 2 nov. 1812. Sirey, 13, 1, 146.

Qu'une somme due pour prêt, pour vente ou à tout autre titre, a été convertie en rente perpétuelle ou viagère (1).

29. Dans les divers exemples que nous venons de citer, les faits dont on offre la preuve sont tous en opposition formelle avec la teneur de l'acte, soit qu'il s'agisse de son simple silence, ou de ses énonciations expresses. Mais il en est d'autres qui, sans contredire les constatations du titre, et sans prétendre y introduire des modifications et des changements, sont, cependant, de nature à exercer une influence plus ou moins considérable sur l'existence ou l'exécution des droits et obligations qu'il établit. Telles sont les allégations de remise de dette, ou de payement total ou partiel. La preuve testimoniale d'un semblable fait est-elle admissible? N'est-elle pas, au contraire, repoussée par le texte et par l'esprit de l'article 1341?

Pour établir que la preuve testimoniale n'est pas irrecevable dans ce cas, on dit que celui qui demande à prouver par témoins l'extinction totale ou partielle d'une obligation constatée dans un acte public ou privé, par suite d'une remise ou d'un payement, n'élève aucune prétention qui soit en opposition, en contradiction avec l'acte. Bien loin de l'attaquer, il convient, au contraire, de tout ce qui y est énoncé; il prend l'obligation telle qu'elle y est établie, sans y rien ajouter, restreindre ni modifier; il ne demande pas enfin à prouver contre son contenu. L'article 1341 n'est donc pas applicable à ce cas, et ses prohibitions ne s'opposent point à l'admission de la preuve testimoniale.

Telles sont les raisons sur lesquelles plusieurs auteurs (2) se fondaient, sous l'empire des ordonnances de 1566 et de 1667, pour admettre la preuve par témoins d'un fait de remise ou de payement, quoique l'obligation fût constatée par un acte public ou privé, bien entendu pourvu qu'il ne s'agît point d'une somme ou valeur excédant cent livres.

(1) Voy. POTHIER, *Oblig.*, nos 758 et suiv. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 720. — FAVARD, Rép., v° *Preuve*, § 1, n° 1. — DURANTON, T. 13, nos 331 et 336.

(2) BOICEAU, P. 2, ch. 11. — POTHIER, *Oblig.*, n° 761.

Toutefois, Pothier ajoute : « Cependant, je vois que, dans l'usage, soit par une mauvaise interprétation de l'ordonnance, soit pour quelque autre raison, on refuse la preuve testimoniale des payements d'une dette dont il y a un acte écrit. » Et Jousse (1) dit formellement que ce serait prouver contre et outre le contenu aux actes, si j'offrais de prouver par témoins que j'ai fait un payement au-dessous de cent livres, à compte sur une somme que je dois par contrat ou obligation sous signature privée. Il lui paraît que ce serait aller directement contre le texte de l'ordonnance, que d'admettre ces sortes de preuves.

La même controverse s'est continuée sous le Code Napoléon. Les uns (2) admettent la preuve par témoins; les autres (3) la repoussent. Nous nous rangeons à cette dernière opinion, qui a prévalu, et non sans droit, dans la pratique des tribunaux.

On ne saurait contester que les prohibitions de l'article 1341 n'aient eu pour objet, comme nos anciennes ordonnances, de rassurer les citoyens sur leurs obligations et leurs droits, soit en accordant à la preuve littérale la prééminence qui lui est due, soit en excluant, en certains cas, la preuve testimoniale, dont l'expérience a démontré dans tous les temps l'incertitude et les dangers. Il ne faut pas perdre de vue cette pensée du législateur. C'est ce même esprit qui animait Justinien, lorsqu'il défendit de prouver par témoins le payement de toute dette établie par titre. Il est bon de rappeler ici cette constitution (4) :

« Voulant, autant que possible, arrêter les abus de la preuve testimoniale qui, très souvent, ment à la vérité, nous faisons savoir à tous ceux qui se sont constitués débiteurs par acte

(1) Ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, n[te] 4.

(2) DURANTON, T. 12, n° 360, et T. 13, n[os] 334 et 335.—DELVINCOURT, T. 2, pag. 833.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 721.—BONNIER, n° 92.—MARCADÉ, art. 1341, n° 5.

(3) FAVARD, Rép., v° *Preuve*, § 1, n° 7. — MERLIN, Rép., v° *Preuve*, sect. 2, § 3, art. 1, n° 20.

(4) L. 18, C. *De testib.*

écrit, qu'ils ne seront pas facilement écoutés, lorsqu'ils viendront dire qu'ils ont payé tout ou partie de la dette sans retirer quittance écrite, et qu'ils voudront produire sur ce fait des témoins vils et peut-être subornés, à moins qu'ils ne produisent cinq témoins idoines, d'une moralité reconnue, qui aient assisté au payement, et qui déposent, sous la foi du serment, que le payement a eu lieu en leur présence. Connaissant ces prescriptions, que nul ne fasse autrement un payement total ou partiel, sans s'assurer la garantie d'une quittance écrite, ou sans se ménager la preuve par témoins, comme il est dit ci-dessus..... Que si la quittance vient à se perdre par naufrage, incendie ou tout autre cas fortuit, ceux qui auront pris cette précaution pourront, en prouvant la cause de l'accident, établir par témoins le payement de la dette, et échapper ainsi aux fâcheuses conséquences de la perte de la quittance. »

En rapportant cette constitution de Justinien, nous avons voulu seulement rappeler qu'il est bon de se prémunir contre ces allégations de payements sans quittance, qui sont si fréquentes en justice, et qui semblent avoir toujours été un des moyens les plus ordinaires de la chicane et de la mauvaise foi. Il nous paraît donc déjà résulter de l'esprit de la loi, que les dispositions de l'article 1341, aussi bien dans la seconde partie que dans la première, s'appliquent aux quittances simplement verbales.

Quant à son texte, il est conçu, on ne saurait le contester, dans les termes les plus généraux. Et quand on vient établir une distinction entre les faits qui contredisent directement et formellement les énonciations de l'acte, et ceux qui, comme une remise ou un payement, sont seulement destinés à exercer quelque influence sur l'existence et l'exécution des droits et obligations que l'acte constate, nous disons qu'une semblable distinction est plus subtile que sensée. On dit en vain que la preuve de la remise ou du payement ne tend pas établir que l'acte est inexact ou mensonger dans ses énonciations; que, conséquemment, cette preuve ne se fait pas outre et contre son contenu. N'aboutit-elle pas au même résultat que celle qui

aurait pour objet d'établir qu'il a été convenu, quoique l'acte ne l'énonce pas, que le montant de la dette devait être réduit à telle somme, ou ne pas être exigé du tout? Si le résultat est le même, pourquoi la preuve testimoniale ne serait-elle pas prohibée également dans un cas comme dans l'autre?

Si elle était permise lorsque les prétentions du débiteur se formulent dans une allégation de remise ou de payement, cette faculté accordée ouvrirait la porte à la fraude, en indiquant la voie détournée qu'il convient de prendre pour éluder les prohibitions de la loi. Il est impossible d'admettre que le législateur, qui a rédigé ses prescriptions dans les termes les plus généraux, ne l'ait pas fait pour empêcher de faire indirectement ce qu'il est défendu de faire, on le reconnait, d'une manière directe. Contre les mêmes dangers, il a dû prendre les mêmes précautions. Loin de la contredire, le texte de l'article 1341 confirme lui-même cette interprétation; car c'est, en définitive, prouver contre et outre les énonciations d'un acte qui constate une dette de mille francs, que d'offrir la preuve d'une remise ou d'un payement qui la réduirait à neuf cents francs seulement. On ne peut donc, à moins qu'on ne se trouve dans un cas d'exception, se prévaloir contre un titre public ou privé que de quittances ou de remises écrites, si le titre même n'a été remis (1), ou s'il ne s'agit d'une dette commerciale, auquel cas le payement peut être prouvé par témoins, soit par le débiteur pour établir sa libération, soit par le créancier (2) pour établir une interruption de prescription.

30. Du reste, dans l'opinion même de ceux qui admettent la preuve testimoniale sur le fait d'un payement ou d'une remise, quoique l'obligation soit constatée par écrit, et que, considérée dans son entier, elle dépasse la somme de cent cinquante francs, il faut, pour que cette preuve soit admissible, qu'il s'agisse d'une remise ou d'un payement pour une somme ou valeur qui n'excède point cette somme. Elle serait irrecevable s'il s'agis-

(1) Voy. 1282, n° 13.
(2) Montpellier, 31 août 1850, Sirey, 50, 2, 581.

sait d'une valeur ou somme supérieure, d'après les premières dispositions de l'article 1341; et s'il était question de plusieurs payements partiels qui, réunis, excédassent cette somme, la preuve par témoins serait encore repoussée par l'article 1345 (1).

31. Il est enfin hors de doute que s'il était allégué que la remise ou le payement prétendu ont été l'occasion d'une novation quelconque ou de la création d'un contrat nouveau et différent, toute preuve testimoniale serait inadmissible. Car ce serait prouver contre et outre la teneur de l'acte. On rentre alors pleinement dans la prohibition de l'article 1341 (2).

32. Ce que nous venons de dire des payements faits par la partie obligée elle-même, s'applique également aux payements faits par un tiers qui prétendrait avoir payé, conformément à l'article 1236, une somme quelconque en l'acquit du débiteur.

33. Mais l'article 1341 est inapplicable lorsqu'il s'agit simplement de prouver certains faits dont l'existence est alléguée comme moyen d'interpréter les énonciations de l'acte, et d'expliquer la volonté des parties. Bien loin qu'il soit alors question de prouver contre et outre le contenu de l'acte, on ne fait qu'en déterminer avec plus de précision le sens et la portée. Il est d'ailleurs à remarquer que le titre lui-même, en rendant plus ou moins vraisemblable les faits dont la preuve est offerte, établit, le plus souvent, un commencement de preuve par écrit de nature à fonder, ainsi que nous l'expliquerons bientôt, une exception aux prohibitions de l'article 1341 (3).

C'est ainsi que le donateur ou acquéreur, même en vue de fonder la prescription de dix ou vingt ans, est recevable à prouver par témoins qu'un héritage, dont le contrat ne fait pas

(1) Pothier, *ibid.* — Duranton, *ibid.* — Zachariæ, *ibid.*, n^te^ 8. — Cass., 5 fév. 1812. Sirey, 12, 1, 288.

(2) Zachariæ, *ibid.*

(3) Rodier, Ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, *Quest.* 1, n° 8. — Zachariæ, t. 5, pag. 722.

mention, dépendait du domaine qui lui a été vendu ou donné sans énumération ni désignation des parcelles (1).

34. Il en est de même de la preuve de tous faits qui, n'ayant point fait dans l'acte l'objet d'une clause ou stipulation particulière, sont allégués comme étant de nature à fixer l'étendue et la portée des droits et obligations résultant du contrat. Tels sont, par exemple, les faits qui, en matière de louage, sont relatifs à l'état des lieux, la consistance du mobilier, la valeur du cheptel, l'étendue de l'ensemencement. Ils sont, dans le silence de l'acte, susceptibles d'être établis au moyen de la preuve testimoniale.

35. Ce n'est pas enfin prouver contre et outre la teneur de l'acte, que d'établir, à l'égard de tiers qui n'y figurent point, l'existence de faits et d'actes qui leur sont personnels, tels que leur accession comme cautions simples ou solidaires. Comme ils n'ont point été parties dans l'acte instrumentaire, ils ne peuvent se prévaloir de son silence ou de ses énonciations.

Il en est de même lorsqu'il s'agit d'établir un consentement, une adhésion, une autorisation de leur part, lesquels actes sont utiles ou nécessaires pour assurer envers eux l'efficacité de la convention, ou couvrir l'incapacité personnelle du mineur ou de la femme mariée, qui ont seuls été parties au contrat. Toutefois, ces faits des tiers devront eux-mêmes être établis suivant les premières dispositions de l'article 1341, c'est-à-dire que la preuve testimoniale en sera ou non admissible, suivant que la chose qui fait la matière du contrat n'excède pas ou excède la somme ou valeur de cent cinquante francs.

L'hypothèse d'un mandat nous en fournit un nouvel exemple. Je suis, en vertu d'un titre, votre créancier d'une somme supérieure à cent cinquante francs, et je donne mandat à un tiers de recevoir cette somme. A l'égard du mandataire qui, considéré comme tel, est un autre moi-même, vous ne serez

(1) Cass., 23 janv. 1837. Sirey, 37, 1, 110. — 31 janv. 1837. Sirey, 37, 1, 522.

pas plus admis que contre moi, mandant, à établir par témoins le payement que vous prétendez avoir effectué, fût-il même inférieur à cent cinquante francs. Mais vous serez parfaitement recevable à prouver de cette manière, contre lui, que vous lui ayez compté une somme de cent cinquante francs, à la charge par lui de m'en rendre compte, sans qu'on puisse vous opposer que vous prétendez administrer une preuve testimoniale contre et outre la teneur de mon titre. En effet, le débat s'agite dès lors tout entier entre vous et mon mandataire, sans qu'il puisse en rien modifier mes droits à votre égard; et, quant au fait juridique qui est intervenu entre vous et lui, comme il présente un intérêt qui ne dépasse pas cent cinquante francs, la preuve testimoniale en est régulièrement admissible. Vous pourrez ainsi vous prévaloir du payement effectué, sans quittance, entre les mains de mon mandataire, non pas pour me l'opposer, mais seulement pour fonder, en cas de poursuites de ma part, un recours en garantie contre celui qui a reçu de vous. A plus forte raison en sera-t-il ainsi à l'égard du tiers qui, n'ayant aucun mandat de ma part, a touché de vous, à la charge de m'en rendre raison, un à-compte n'excédant pas cent cinquante francs.

36. Comme l'ordonnance de 1667, l'article 1341 dispose, sans préjudice de ce qui est prescrit par les lois relatives au commerce. Il est donc inapplicable aux matières commerciales; et de là cette conséquence, que la preuve testimoniale y est admissible, en règle générale, quand même le fait juridique qu'il s'agit de prouver présente un intérêt supérieur à cent cinquante francs, et qu'elle est même recevable contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qui est allégué avoir été dit, avant, lors ou depuis l'acte, de quelque somme ou valeur qu'il s'agisse.

Ce principe ne saurait souffrir la moindre difficulté (1); et, si le texte de l'article 1341 semble le réserver seulement, le Code

(1) *Contrà*, Bonnier, n° 93.

de commerce le consacre de la manière la plus incontestable. Il dispose en effet, article 109, que les achats et ventes se prouvent par la preuve testimoniale. Or, comme dans le commerce tout aboutit, en définitive, à des achats et ventes, et que ces négociations forment au moins la grande masse et comme le type de ses opérations, admettre à cet égard la preuve testimoniale, c'est alors même qu'il n'est allégué ni dol, ni fraude, l'admettre en règle générale et sauf quelques exceptions particulières, telles que celles relatives aux sociétés (39, 40, 41) autres que les associations en participation, qui se prouvent par témoins (49); à la vente de tout ou portion d'un navire (195); au contrat d'affrètement (273); au contrat à la grosse (311); au contrat d'assurance (332) autre que ceux qui ne présentent qu'un caractère civil, tels que les contrats d'assurance mutuelle (1), qui ne doivent point, en conséquence, être régis par la loi commerciale. Mais, pour tous les cas non formellement exceptés, l'admission de la preuve par témoins est de droit commun, en matière de commerce, de quelque somme et valeur qu'il s'agisse (2).

37. Quant au second point, il n'est pas plus douteux. Si l'article 41, C. comm., dispose qu'aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent cinquante francs, cette disposition, spéciale pour les actes de société, est une exception qui confirme la règle (3).

(1) TROPLONG, *Société*, n° 343. — DELANGLE, *Société*, n° 33. — Caen, 24 juin 1844. SIREY, 45, 2, 145.

(2) TOULLIER, T. 9, nos 230 et suiv. — PARDESSUS, *Droit commercial*, T. 2, n° 262. — DURANTON, T. 13, nos 340 et suiv. — FAVARD, Rép., v° *Preuve*, § 1, n° 9. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 723. — MARCADÉ, art. 1348, n° 7. — Cass., 11 nov. 1813. SIREY, 15, 1, 197. — 14 fév. 1827. SIREY, 28, 1, 233. — 26 mai 1829. SIREY, 29, 1, 218. — 2 janv. 1843. SIREY, 43, 1, 428.

(3) TOULLIER, ZACHARIÆ, *ibid*. — Cass., 10 juin 1835. SIREY, 35, 1, 689. — 11 juin 1835. SIREY, 35, 1, 623.

Peu importe même que l'acte soit public ou privé, sauf, si l'acte est public, l'observation des règles particulières à l'inscription de faux.

Il n'y a même pas à faire de distinction pour le cas où le titre consiste en un jugement de condamnation. Le débiteur ne laissera pas d'être recevable à établir par témoins qu'il a payé la totalité ou partie de la dette. Les jugements n'ont pas, en effet, pour résultat de changer le caractère commercial de l'obligation, puisqu'ils ne font que déclarer les droits préexistants, sans les créer (1).

38. Les tribunaux de commerce ont ainsi, quant à l'admission de la preuve testimoniale, un pouvoir plus étendu que les tribunaux civils. Ils ne sont pas gênés par les mêmes restrictions. Il suffit qu'ils jugent qu'elle peut être admise (49, C. comm.), qu'ils croient devoir l'admettre (109, C. comm.), pour qu'elle soit accueillie. Comme la loi commerciale n'apporte point à son admission les mêmes restrictions et prohibitions que la loi civile, ils sont investis d'un pouvoir véritablement discrétionnaire, soit pour l'admettre, soit pour la rejeter, suivant leur conviction personnelle, basée sur l'appréciation des faits et circonstances de la cause.

Ce n'est pas cependant que, dans ce travail d'appréciation souveraine, qui ne peut s'attacher qu'à la pertinence ou à la vraisemblance des faits offerts en preuve, leurs pouvoirs diffèrent en réalité de ceux des tribunaux civils, dans les divers cas où ces derniers sont autorisés à admettre et, par suite, également à rejeter, suivant les circonstances, la preuve testimoniale. Car, du moment que la preuve par témoins est admissible, les règles auxquelles est soumis l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui est alors attribué aux uns et aux autres, sont uniquement des règles de logique et de bon sens; et on ne saurait établir entre elles aucune distinction raisonnable et fondée. Dans le cas où la preuve testimoniale est admissible

(1) Cass., 6 avril 1841. Sirey, 41, 1, 709. — *Contrà*, Pardessus, t. 2, n° 263. — Toullier, t. 9, n° 235.

aussi bien devant les tribunaux civils que devant les tribunaux de commerce, il importe peu de savoir si les uns l'admettent par exception et les autres par règle générale. Son admissibilité, soit qu'elle existe de droit ou d'exception, n'aboutit, après tout, qu'à la faculté de l'admettre ou de la rejeter, faculté sur l'exercice de laquelle la nature civile ou commerciale de la juridiction saisie ne peut avoir aucune influence. Soit donc qu'ils en usent en vertu des principes du droit civil ou du droit commercial, la question d'admissibilité étant ainsi résolue, il ne leur reste qu'à apprécier, suivant les faits et circonstances de la cause, la pertinence et la vraisemblance des faits dont la preuve testimoniale est offerte.

Mais, de ce que les restrictions et prohibitions de l'article 1341 sont inapplicables en matière commerciale, on ne peut conclure qu'à cette faculté illimitée de recevoir la preuve par témoins correspond, comme une sorte de contrepoids, la faculté également illimitée de la rejeter, en vertu d'un pouvoir discrétionnaire et souverain d'appréciation, plus étendu que celui dont les juges civils sont appelés à user seulement dans les cas particuliers où la preuve testimoniale est déclarée admissible. On ne peut donc distinguer, à l'égard des tribunaux de commerce, les cas où ils admettent la preuve par témoins, en vertu des principes particuliers de la législation commerciale, de ceux où ils pourraient l'admettre même en vertu des principes ordinaires du droit civil. On ne saurait enfin raisonnablement prétendre, sur le fondement de cette distinction arbitraire, que si la preuve est autorisée par les principes du droit civil, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une somme n'excédant pas cent cinquante francs, ils doivent l'admettre, et ne peuvent la rejeter qu'à raison de la non pertinence ou de l'invraisemblance des faits allégués ; tandis que si elle est admise d'après les règles du droit commercial, ils ont la faculté de la rejeter, quand même les faits articulés sont pertinents et vraisemblables, si les circonstances de la cause leur semblent fournir des éléments suffisants de conviction (1).

(1) Voy. cep. DURANTON, T. 13, n° 341. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 725 et 726, n° 5.

39. Pourquoi cette différence, quant à l'admissibilité de la preuve par témoins, entre la législation civile et la législation commerciale? Pourquoi cette liberté illimitée en matière de commerce, en présence des prohibitions de la loi civile? Ce n'est pas, sans doute, que le caractère commercial des faits sur lesquels ils sont appelés à déposer, doive exercer une influence décisive sur la véracité des témoins et la bonne foi des plaideurs. Ce n'est pas non plus parce que l'équité et la bonne foi sont, comme on dit, l'âme du commerce et les grands principes suivant lesquels toute contestation en matière commerciale doit être décidée. Elles ne sont pas moins nécessaires dans les relations ordinaires de la vie civile, et il serait étrange qu'on en fît, à l'exclusion de celles-ci, la règle et le fondement des relations commerciales. La justice et la vérité protestent contre une semblable prétention.

La différence des deux législations repose sur d'autres principes. Elle tient surtout à la manière dont se traitent les affaires commerciales, soit verbalement, soit par correspondance, de manière que le plus souvent les parties ne peuvent en dresser acte. La nécessité d'un acte écrit répugne aux habitudes du commerce, aux conditions de ses opérations, à la rapidité de son mouvement, à la multiplicité de ses négociations. Si les restrictions et prohibitions de l'article 1341 lui étaient applicables, il deviendrait impossible pour la grande masse des citoyens illettrés qui l'exercent. Les négociants et commerçants ne seraient même pas les seuls à en subir les inconvénients; les clients eux-mêmes auraient à en souffrir dans leurs relations avec eux. Le commerce serait ainsi atteint des deux côtés dans son exercice. D'autre part, les opérations commerciales sont en général simples, peu compliquées, d'une solution facile, et, dès lors, la preuve testimoniale offre moins de dangers. Ajoutons que la correspondance des parties et leurs livres de commerce fournissent des éléments précieux qui contribuent à la manifestation de la vérité. Nous disons enfin que la différence des deux législations est aujourd'hui passée dans les habitudes et dans les mœurs, et que toute innovation qui aurait

pour objet de généraliser les dispositions de l'article 1341, amènerait à l'instant même une perturbation à laquelle succomberait toute activité commerciale. On n'y a jamais songé.

40. Souvent le fait juridique n'a de caractère commercial qu'à l'égard d'une seule partie, tandis qu'à l'égard de l'autre il est purement civil. Dans ce cas, il convient d'appliquer, soit les principes de la loi civile, soit ceux de la loi commerciale, suivant la qualité du fait par rapport à la personne contre laquelle la preuve est offerte. La preuve testimoniale sera donc admissible contre celui envers lequel l'acte a un caractère commercial, tandis qu'elle devra être rejetée, si elle est offerte contre celui vis-à-vis duquel l'acte a un caractère civil.

Ainsi, je traite avec un négociant, sans faire personnellement aucun acte de commerce ; la preuve testimoniale sera admissible de ma part ; car il ne peut se plaindre que la contestation soit décidée par la législation commerciale qui régit l'acte par rapport à lui. Mais il ne pourra réciproquement proposer le même genre de preuve contre moi, parce que l'acte est à mon égard purement civil et soumis, en cette qualité, aux dispositions de l'article 1341.

41. Ce que l'on doit considérer, ce n'est pas la nature de la juridiction saisie, mais le caractère essentiel de l'acte. S'il n'est pas commercial de sa nature, il importe peu que le tribunal de commerce en soit saisi. L'acte n'en conserve pas moins son caractère purement civil ; l'exception, quant à l'admissibilité de la preuve testimoniale, cesse dans ce cas, et les dispositions prohibitives de l'article 1341 conservent toute leur force (1).

Réciproquement, si le fait est commercial de sa nature, et que la contestation ait été portée devant le tribunal civil, la preuve testimoniale ne laissera pas d'être admissible.

42. On s'est demandé si les conventions faites dans les foires et marchés doivent être comprises dans les dispositions de

(1) Douai, 6 août 1851. SIREY, 51, 2, 806.

notre article. La même question a été soulevée sous nos anciennes ordonnances. Nous supposons que ces opérations ne constituent point, à l'égard des parties, des actes de commerce; car elles seraient, si elles avaient ce caractère, régies par la loi commerciale. Il s'agit donc de faits ayant un caractère purement civil, tels que ventes et achats de bestiaux entre propriétaires, qui ne font ainsi aucun acte de commerce.

Il semble bien rigoureux d'appliquer, dans ce cas, les dispositions de l'article 1341. De semblables conventions, faites dans les foires et les marchés, ne peuvent guère se conclure que verbalement, et il paraît impossible aux parties, soit d'en dresser acte sur-le-champ, soit de recourir au ministère d'un officier public (1). Aussi, Pothier (2) hésitait-il à les soumettre aux dispositions des ordonnances, et ne les y soumettait-il que parce qu'il n'est pas trop difficile d'appeler un notaire, si les parties ne savent pas écrire : c'est le mot qu'il emploie.

Quelque rigoureuse que cette opinion puisse paraître, nous croyons qu'il n'y a point lieu d'appliquer d'exception dans ce cas, ni celle relative aux actes de commerce, puisque la convention n'a aucun caractère commercial; ni celle de l'article 1348, parce qu'il n'a pas été impossible aux parties de se procurer une preuve littérale. Nous ajoutons que, entre propriétaires, ces sortes de marchés se font en général au comptant, et que, dans le cas contraire, si le créancier s'en rapporte à la foi de l'autre, la publicité qui a présidé à l'acte est elle-même une garantie de l'exécution du contrat. Aussi, la pratique offre-t-elle peu de contestations à ce sujet (3).

Nous n'exceptons même pas les sociétés faites en foires, pour affaires de foires, entre propriétaires ou cultivateurs (4), alors du moins qu'elles n'ont aucun caractère commercial.

(1) Jousse, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 4. — Rodier, *ibid.*, art. 2, *Quest.* 4.

(2) *Oblig.*, n° 753.

(3) Danty, sur Boiceau, p. 1, ch. 9, n° 4. — Bourges, 23 fév. 1842. Sirey, 43, 2, 50.

(4) Troplong, *Société*, n° 199.

ARTICLE 1342.

La règle ci-dessus s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de cent cinquante francs.

Sommaire.

1. L'évaluation de la chose se fait d'après un double principe. Intérêts.
2. En vain on demanderait séparément les intérêts et le capital.
3. Même chose de la clause pénale stipulée pour simple retard.
4. *Secùs*, des dommages et intérêts pour retard,
5. Ou inexécution.
6. La valeur de la chose doit seule être prise en considération.

COMMENTAIRE.

1. Les dispositions relatives à la preuve testimoniale, dont nous présentons ici le commentaire, ne s'appliquent qu'aux seuls faits juridiques contractuels d'où résultent nécessairement et immédiatement des obligations et des droits. Mais ce principe une fois posé, il reste à déterminer, d'après la valeur de l'objet, si la somme de cent cinquante francs, au-delà de laquelle la preuve testimoniale est inadmissible, est ou non dépassée. Cette appréciation repose elle-même sur un double principe, dont les articles qui suivent contiennent le développement.

1° L'on doit prendre en considération, non l'intérêt de la contestation actuelle, mais la valeur de l'objet qui forme le sujet du fait juridique dont l'existence est allégnée.

2° La valeur de cet objet doit en outre être appréciée, non seulement eu égard à la prestation principale, mais encore eu égard aux accessoires qui s'y ajoutent et aux conséquences que l'on prétend en tirer.

Notre article renferme l'application de cette dernière règle. Il porte que les dispositions de l'article 1341 s'appliquent au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de

cent cinquante francs. La valeur du fait qui a fait le sujet de la convention se compose ainsi de la valeur cumulée du principal et des intérêts stipulés et échus au moment de la demande. Alors donc que cette valeur dépasse cent cinquante francs, il est exact de dire qu'elle excède la somme au-delà de laquelle la preuve testimoniale est inadmissible.

Ce mode de supputation est tout à fait conforme à la nature du contrat; car si, au moment de sa formation, il ne présentait pas une valeur de cent cinquante francs, il était dans ses effets nécessaires et prévus de la dépasser, au moyen de l'accumulation éventuelle des intérêts stipulés. Le créancier n'avait, d'ailleurs, qu'à demander son remboursement ou un acte écrit, avant que sa créance eût excédé la somme au-delà de laquelle la preuve testimoniale est devenue inadmissible.

2. Vainement il chercherait à éluder les dispositions de l'article 1342, en divisant les éléments de sa créance et en demandant séparément, soit les intérêts, soit le capital, qui n'excèdent ni l'un ni l'autre la somme de cent cinquante francs. Les articles 1344 et 1345 feraient repousser ses prétentions. Et si, sur une demande isolée des intérêts, il avait réussi à surprendre un jugement de condamnation, sa demande ultérieure en payement du principal devrait être écartée (1346) (1).

3. Les mêmes règles s'appliquent au cas où une clause pénale ayant été stipulée pour simple retard, le créancier peut demander, conformément à l'article 1229, en même temps, le principal et la peine. La preuve testimoniale sera admissible suivant que la valeur du principal, réunie à celle de la peine, n'excèdera pas ou excèdera la somme de cent cinquante francs (2).

L'exigibilité de la clause pénale résulte, en effet, directement de la convention, et elle est entrée, comme chef accessoire, dans la stipulation formelle des parties. La convention a ainsi présenté dès le principe, dans une éventualité prévue, une valeur

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 709, n[te] 28.
(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 710.

excédant cent cinquante francs. Dès lors, les parties ont contrevenu à l'article 1341 en ne faisant pas rédiger un acte écrit de leur convention.

4. Mais il en est autrement du cas où le créancier joint à la demande de l'objet principal une demande de dommages et intérêts, pour simple retard dans l'exécution de l'engagement. Quel que soit le chiffre des dommages et intérêts réclamés, il ne doit point être réuni à la valeur de l'objet principal. Cette dernière seule doit être considérée, indépendamment des dommages et intérêts; et la preuve testimoniale est rejetée ou admise, suivant qu'elle dépasse ou non la somme de cent cinquante francs (1).

C'est que, à la différence de la clause pénale, les dommages et intérêts sont dus uniquement en vertu de la loi générale du contrat, et nullement comme conséquences d'une stipulation formelle des parties. S'ils sont entrés, comme éventualité simple, dans leurs prévisions, du moins elles n'en ont pas fait le sujet d'une clause spéciale et expresse, qui en détermine le montant à l'avance et à forfait. Sous tous les rapports, ils subsistent donc, en dehors de l'objet principal qui fait la matière de la convention, comme conséquences de faits purs et simples à l'égard desquels la preuve testimoniale est toujours admissible.

5. Ce que nous disons des dommages et intérêts réclamés pour cause de simple retard, il convient de l'appliquer également au cas où ils sont demandés pour inexécution réelle des engagements, soit totale ou partielle. La seule valeur à considérer est toujours celle de la chose qui faisait la matière de la convention; et, quant aux dommages et intérêts, quel qu'en soit le chiffre, ils ne sauraient être pris en considération sur la question de savoir si la preuve testimoniale doit être admise ou rejetée. Car le rejet de cette preuve n'étant que la sanction des dispositions qui exigent un écrit pour constater les conventions dont l'objet excède une certaine valeur, il serait tout

(1) Zachariæ, *ibid.*

à fait injuste d'infliger cette peine à la partie qui, traitant de choses d'une valeur moindre, n'a à se reprocher aucune contravention.

Réciproquement, la preuve testimoniale ne pourrait être invoquée si, les choses sur lesquelles il a été traité excédant la valeur de cent cinquante francs, les dommages et intérêts réclamés pour inexécution étaient d'une somme moindre. Peu importerait même que le demandeur alléguât qu'il est intervenu une convention ultérieure par laquelle le prétendu débiteur s'y serait engagé. Ce ne serait là qu'un moyen d'éluder les prohibitions de la loi. Mais il en serait autrement si, l'existence de la convention étant avouée, le débiteur se bornait à contester qu'il se fût engagé, par un traité spécial, à payer, à titre de dommages et intérêts, une somme n'excédant pas cent cinquante francs.

6. De ces observations particulières, nous déduisons, comme conséquence générale, la confirmation d'un principe déjà posé, et dont nous retrouverons plus loin l'application. C'est que la loi ne subordonne point l'admissibilité de la preuve testimoniale à la double condition que ni la somme réclamée, ni la valeur de l'objet de la convention n'excèdent point le chiffre de cent cinquante francs ; il suffit que cette dernière ne l'excède pas : c'est que, d'autre part, elle ne subordonne point le rejet de la preuve testimoniale à la condition que la somme réclamée dépasse cent cinquante francs. Le montant de la réclamation peut, au contraire, être d'une valeur moindre, et il suffit, pour que cette preuve soit rejetée, que la valeur de la chose qui a fait la matière du fait juridique contesté, excède la somme de cent cinquante francs. C'est-à-dire enfin que cette dernière valeur est la seule qui doive être prise en considération.

Article 1343.

Celui qui a formé une demande excédant cent cinquante francs ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive.

ARTICLE 1344.

La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit.

Sommaire.

1. Article 1343.
2. Injuste critique de ses dispositions.
3. Le demandeur ne peut restreindre ses conclusions, sauf le cas d'erreur.
4. Examen d'un passage de Pothier.
5. Suite. L'article 1343 ne s'applique pas aux dommages et intérêts.
6. Distinction admise, autrefois rejetée.
7. Ce qu'on doit entendre par demande formée.
8. Conclusions inférieures à cent cinquante francs, puis augmentées, enfin réduites.
9. Article 1344. Il prévoit une hypothèse particulière.
10. Il s'applique même au cas où le créancier demande tout ce qui lui est dû,
11. Ou séparément les intérêts sans le capital,
12. Ou bien enfin la part virile de chaque obligé solidaire.
13. Il s'applique au cas où le juge reconnaît que la demande embrasse une chose qui est le reste ou fait partie d'une créance excédant cent cinquante francs.
14. Doctrines relâchées des auteurs en général.
15. *Quid*, si le demandeur offre de prouver une reconnaissance particulière?
16. Distinction pour le cas où il y a novation suivant les articles 1271 et 879.
17. *Quid*, si sur un prix de vente excédant cent cinquante francs, il a été payé comptant une somme qui réduit la dette à un chiffre inférieur?
18. Suite. Distinction. Cas où il s'agit de contrats séparés.
19. Suite.
20. Comment l'article 1344 s'applique au cautionnement.
21. Observation sur les moyens souvent présentés par le défendeur.

COMMENTAIRE.

1. Le législateur moderne a attaché une telle importance aux prohibitions qu'il a édictées touchant la preuve testimo-

niale, qu'il a pris en même temps les précautions les plus minutieuses pour en assurer l'exécution, en déjouant les ruses et les fraudes des plaideurs.

Une des manœuvres les plus vulgaires consiste à réduire, comme pis-aller, sa demande à une somme qui n'excède point celle au-delà de laquelle la preuve testimoniale est inadmissible. Vainement on l'essaya sous nos anciennes ordonnances; elle fut déjouée par les tribunaux (1).

Le Code Napoléon en a aujourd'hui une disposition expresse. Celui qui a formé une demande excédant cent cinquante francs ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive (1343).

2. On a accusé cette disposition d'une excessive rigueur, en prétendant qu'elle ne permettait même pas à la partie qui s'était trompée de corriger ses conclusions et de réparer son erreur; qu'elle n'est fondée sur aucun motif sérieux, puisque, dans l'esprit même de la loi, qui admet la preuve testimoniale jusqu'à cent cinquante francs, il n'y a plus à craindre la subornation possible des témoins, aussitôt que l'intérêt du litige est réduit à cette somme (2).

Si cette dernière considération était fondée, il faudrait la généraliser, et soutenir, en conséquence, que le législateur a été excessif dans ses prohibitions; qu'il aurait dû, ne considérant que l'importance du débat, et sans s'arrêter à la valeur intrinsèque du fait qui forme la matière de la convention, ne rejeter la preuve testimoniale que dans les cas où l'objet de la demande dépasse la somme de cent cinquante francs. Mais il a fait justement le contraire. Pourquoi? Nous l'avons déjà dit: Si la preuve par témoins n'est admise que dans certains cas, et comme par exception, ce n'est pas seulement parce que la subornation est d'autant plus à craindre que l'intérêt du débat peut en fournir les frais; c'est encore, ainsi que le législateur

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 754. — JOUSSE, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 5.

(2) TOULLIER, t. 9, n°s 42 et 43.

s'en est expliqué lui-même, pour éviter la multiplicité des procès et les involutions de procédure.

Quant à cette autre considération, que l'article 1343 empêche la partie de réparer son erreur et de ramener le chiffre de ses conclusions à la vérité de son droit, cette considération manque même de base. On ne saurait, en effet, sérieusement contester que le demandeur ne puisse établir que ses conclusions n'ont été exagérées que par suite d'une erreur de fait. Il pourra, dès lors, les rectifier et les réduire, sans qu'on puisse lui opposer les dispositions irritantes de l'article 1343 (1).

Vainement M. Toullier oppose l'article 1352, dont il accommode le texte à son opinion. Sans doute, nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice. Mais cette disposition ne saurait être étendue au cas où la loi se borne, sans annuler l'acte ni sans dénier l'action, à rejeter comme inadmissible un certain genre de preuve. La partie peut toujours établir que le fait sur lequel seul on fonde l'inadmissibilité de la preuve, n'a aucune existence, et que sa reconnaissance prétendue est, de sa part, le résultat d'une erreur. Elle est donc fondée à prouver, nonobstant les conclusions de sa demande originaire, qu'elle a exagéré par erreur le montant de ce qui lui était dû, en le portant à un chiffre qui, supposé exact, rendait inadmissible la preuve testimoniale.

3. Mais lorsque le demandeur ne justifie d'aucune erreur de sa part, le chiffre de sa demande détermine l'évaluation du fait juridique qui forme la matière du débat. Il en résulte que ce fait est présumé être, d'après la propre fixation de la partie, d'une valeur excédant cent cinquante francs. Il lui est, en conséquence, interdit de réduire ses conclusions primitives en vue de faire admettre la preuve testimoniale.

Il n'y a, à cet égard, aucune distinction à faire entre les conventions qui ont pour objet une somme d'argent, ou toute autre

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 706. — MARCADÉ, art. 1344, n° 2.

chose d'une valeur indéterminée. Nous devons, toutefois, présenter ici quelques observations sur une opinion de Pothier (1), qui offre quelque chose d'inexact au moins dans les termes.

4. « Lorsqu'une personne, dit-il, demande des dommages et intérêts qu'il prétend lui être dus, pour l'inexécution d'une convention verbale, de faire ou de ne pas faire quelque chose, et qu'il est incertain si la valeur de ces dommages et intérêts soit ou non à une somme de cent livres (aujourd'hui cent cinquante francs), le demandeur, pour être admis à la preuve testimoniale de la convention dont l'inexécution donne lieu aux dommages et intérêts prétendus, doit restreindre sa demande, pour lesdits dommages et intérêts, à une somme certaine qui n'excède pas celle de cent livres; il doit même la restreindre d'abord, car s'il avait d'abord conclu à une somme plus grande, ayant reconnu lui-même que l'objet de la convention excédait cent livres, et que la convention était, par conséquent, comprise dans la disposition de l'ordonnance, il ne serait pas, en se restreignant par la suite, recevable à offrir la preuve testimoniale. » Et il cite un arrêt du 17 décembre 1638 qui exclut de la preuve testimoniale un tailleur qui, après avoir demandé à une veuve deux cents francs pour fournitures d'habits faites à son mari, offrait de prouver par témoins, en restreignant sa demande à cent livres, que cette veuve avait répondu de la dette.

Cet exemple particulier fait parfaitement comprendre le sens de notre article. Mais il nous reste à présenter quelques réflexions sur le passage que nous venons de transcrire.

Pothier veut-il dire que, s'agissant d'une obligation de valeur indéterminée, il appartient, dans tous les cas, à la partie de l'évaluer tout d'abord, en ne portant sa demande qu'à une somme inférieure à celle au-delà de laquelle la preuve testimoniale est inadmissible? Le demandeur est-il expert de droit de la valeur du fait juridique qui fait le sujet de la contestation,

(1) *Oblig.*, n° 754.

de telle sorte que le juge soit forcé d'admettre cette évaluation et de recevoir la preuve testimoniale offerte, alors même qu'une expertise judiciaire devrait la porter à un taux qui exclut ce genre de preuve? Telle ne saurait être l'opinion de Pothier. Nous avons d'ailleurs démontré l'erreur d'une opinion semblable (1).

Il ne veut dire qu'une chose : c'est que le demandeur doit prendre garde de s'exclure de la preuve testimoniale, en portant ses conclusions à une somme pour laquelle ce genre de preuve est irrecevable, sans qu'il puisse ensuite se faire relever de cette exclusion par une réduction de sa demande. Mais il ne s'ensuit nullement que le juge ne puisse, malgré la réduction calculée de la demande dès son principe, repousser la preuve testimoniale offerte, si le fait juridique présente par lui-même une valeur réelle supérieure à celle qui lui a été attribuée dans les conclusions du demandeur. En résumé, ce dernier est exclu de la preuve testimoniale, soit par sa propre évaluation, soit, en tout cas, par celle du juge.

5. Pothier parle encore de dommages et intérêts; et ce point mérite lui-même quelques explications.

Ces expressions de dommages et intérêts ne peuvent être considérées ici que comme signifiant l'équivalent et la compensation de l'engagement inexécuté, sans comprendre le préjudice résultant d'ailleurs de son inexécution. Nous avons vu, en effet, que les dommages et intérêts ne doivent pas être pris en considération dans l'évaluation du fait dont la preuve testimoniale est offerte (2). Ceci va devenir plus sensible par un exemple.

Vous vous êtes engagé envers moi à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Cette convention est supposée avoir pour objet une chose dont la valeur n'excède point la somme de cent cinquante francs. La preuve testimoniale est, conséquemment, admissible pour en établir l'existence. Mais vous

(1) 1341, n° 9.
(2) Voy. 1342, n°s 4 et 5.

inexécutez votre engagement, et je vous poursuis en payement de dommages et intérêts, qui me tiennent lieu tout à la fois de l'exécution de l'obligation et du préjudice causé. Est-ce que, dans ce cas, la preuve testimoniale cessera d'être admissible, si je demande à titre de dommages et intérêts une somme excédant cent cinquante francs? Évidemment non. Autrement, il faudrait soutenir, ce qui est une erreur manifeste, que les dommages et intérêts, résultant de l'inexécution de l'engagement, doivent être comptés dans l'évaluation du fait juridique qui forme la matière du contrat. Quelle que soit la somme réclamée à ce titre, il suffit que le fait principal qui faisait le sujet de l'engagement soit d'une valeur n'excédant pas cent cinquante francs, pour que la preuve testimoniale soit admissible, soit que le demandeur ait distingué ou non dans ses conclusions, en en faisant un seul chef ou deux chefs particuliers, ce qu'il réclame comme équivalent de l'engagement inexécuté, et ce qu'il réclame comme réparation du dommage causé. Il pourra, dès lors, restreindre sa demande primitive, sans que les juges puissent, pour déclarer la preuve testimoniale inadmissible, s'arrêter au montant de ses conclusions réunies, comme contenant l'évaluation irréfragable du fait juridique contesté.

L'article 1343 n'est donc applicable que dans le cas où le demandeur porte distinctement la valeur du fait principal à une somme supérieure à cent cinquante francs, abstraction faite des dommages et intérêts qu'il peut réclamer pour préjudice causé. Que si ces deux chefs de demande sont indistinctement réunis dans ses conclusions, il appartient alors au juge de faire, à défaut de la partie, l'évaluation du fait qui a formé la matière de l'engagement, et de rejeter ou de recevoir la preuve testimoniale, suivant que cette évaluation excède ou n'excède pas la somme de cent cinquante francs, indépendamment des dommages et intérêts qui sont en outre réclamés.

6. Sous l'empire de nos anciennes ordonnances, les auteurs, souvent disposés à en éluder les prohibitions, distinguaient

entre les époques où le demandeur réduisait sa demande primitive. Cette réduction avait-elle lieu *in limine litis*, et avant contestation en cause, on ne pouvait alors opposer à la partie les conclusions par elle primitivement prises, pour l'exclure de la preuve testimoniale (1).

Mais il en était autrement si la réduction n'avait eu lieu qu'après contestation en cause, ou après jugement et en cause d'appel. Cette distinction est aujourd'hui inadmissible, le Code de procédure ne reconnaissant point de contestation en cause, à la différence de l'ordonnance de 1667, titre 14, article 13, qui portait que la cause serait tenue pour contestée par le premier règlement, appointement ou jugement qui interviendrait après les défenses fournies, encore qu'il n'ait pas été signifié (2).

7. On doit entendre ici par demande formée toute demande faite dans un acte qui a un caractère judiciaire, tel qu'un ajournement en justice, une citation en conciliation, des conclusions signifiées en cours d'instance. L'article 1343 suppose, en effet, un débat soumis à la justice, puisque, dans l'hypothèse pour laquelle il dispose, il est question de l'inadmissibilité de la preuve testimoniale.

Que si la demande avait été formée dans un acte extrajudiciaire, tel qu'une sommation, notre article serait alors inapplicable, et ce serait l'article 1344 qui devrait recevoir son application. Il suffirait de rapprocher l'acte extrajudiciaire des conclusions prises plus tard devant la justice, pour établir que la somme demandée par ces conclusions réduites fait partie d'une somme plus forte.

8. Il peut arriver que la partie commence par demander une somme inférieure à cent cinquante francs, puis qu'elle augmente ses conclusions, et qu'enfin elle les restreigne. On ne

(1) RODIER. Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 2, *Quest.* 7. — DANTY, sur Boiceau, P. 1, ch. 14, n° 14.

(2) TOULLIER, T. 9, n° 43.

saurait douter que l'article 1343 ne soit également applicable. Car les secondes conclusions régulièrement prises, sauf erreur justifiée, sont, par rapport aux conclusions réduites, une véritable demande primitive, et le demandeur a décidé lui-même par son évaluation la question d'inadmissibilité de la preuve testimoniale.

9. L'article 1344 prévoit une hypothèse un peu différente de celle prévue par l'article précédent. Mais il statue dans le même esprit, en donnant au juge le moyen et même en lui imposant le devoir de déjouer les manœuvres qui tendraient à éluder les prohibitions de la loi. Voici ses dispositions : « La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise, lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit. »

Dans l'hypothèse de l'article 1343, le demandeur avait réduit après coup le montant de sa demande; ici, au contraire, il commence par la réduire au-dessous de cent cinquante francs. La preuve testimoniale ne laisse pas d'être inadmissible si la somme réclamée est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte. C'est que, pour savoir si la preuve par témoins peut ou non être admise, il faut toujours se reporter, non au moment où le litige a commencé, mais à celui où le fait juridique contesté a été consommé, le rejet de la preuve testimoniale n'étant que la sanction de l'inobservation des dispositions qui prescrivent un acte écrit (1).

10. L'article 1344 n'est pas fait seulement pour le cas où la partie réduit exprès sa demande; il est également applicable lorsque, en demandant moins de cent cinquante francs, elle demande tout ce qui lui est dû, sans que même rien ne lui ait été auparavant payé (2). Par exemple, c'est un héritier qui

(1) Voy. Danty, sur Boiceau, ch. 8, n° 5.

(2) Pothier, *Oblig.*, n° 755. — Toullier, t. 9, n° 51. — Zachariæ, t. 5, pag. 705, n[te] 16.

demande, dans une somme due à son auteur et excédant cent cinquante francs, sa quote-part inférieure à cette somme. Le demandeur ne devra pas être admis à la preuve testimoniale dans ce cas, ni, *vice versâ*, dans celui où il demande à chaque héritier sa quote-part dans la dette de son auteur, excédant cent cinquante francs.

11. Il en est de même au cas où la partie demande le payement d'intérêts pour une somme due excédant cent cinquante francs, bien que le montant des intérêts qui sont seuls réclamés soit inférieur à cette somme. Ils font, en effet, partie d'une somme qui dépasse cent cinquante francs (1). Il suffirait même que les intérêts réunis au capital excédassent ce chiffre(1342).

12. Les articles 1343 et 1344 s'appliquent encore au cas où le créancier, renonçant au bénéfice de la solidarité, demande à chacun des codébiteurs, comme si la dette était simplement conjointe, sa part virile dans l'obligation. La preuve testimoniale est inadmissible ; car la solidarité faisant que chacun est tenu de la totalité, comme s'il était seul obligé, le créancier devait se procurer une preuve littérale.

13. L'article 1344 n'est pas seulement applicable lorsqu'il résulte des déclarations de la partie elle-même, que la somme par elle réclamée est le restant ou fait partie d'une somme excédant cent cinquante francs ; il reçoit aussi son application lorsque la partie ayant dissimulé une partie de la vérité, il est établi par les dépositions des témoins ou des présomptions suffisantes, contrairement à ses allégations, que la somme qu'elle réclame est le restant ou fait partie d'une somme plus forte, dont elle s'est bien gardée d'indiquer le montant, pour ne pas être exclue de la preuve testimoniale. Si le juge, dont la religion a été surprise au moyen de réticences calculées, a ordonné une enquête, son devoir est de rejeter la demande, sans s'arrêter à l'interlocutoire qui ne le lie point, et sans avoir

(1) ZACHARIÆ, t. 5, pag. 706.

égard au résultat des enquêtes, autrement que pour y puiser la preuve que la somme demandée est le restant ou fait partie d'une créance plus forte, pour laquelle la preuve testimoniale ne pouvait être ni invoquée ni admise. La demande est alors écartée sur les enquêtes, tandis que, dans l'autre hypothèse, elle l'est d'emblée sur la déclaration du demandeur. Voilà toute la différence (1).

On a prétendu cependant, en se fondant sur le mot, déclarée, qui s'y trouve, que l'article 1344 ne s'appliquait qu'au cas où le demandeur déclarait lui-même que la somme par lui réclamée fait partie ou est le restant d'une somme plus forte, dont il n'a jamais eu de preuve par écrit, de telle sorte que si la somme était demandée, sans cette déclaration, la preuve par témoins devrait être admise.

Cette opinion de M. Maleville (2) ne s'appuie sur aucune raison, même spécieuse. Le texte de l'article 1344 est bien loin d'avoir le sens restrictif qu'il lui donne, puisqu'on peut dire, tout aussi bien du juge que de la partie, que la somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une somme plus forte, le juge ne pouvant reconnaître l'existence d'aucun fait, sans le déclarer, lorsqu'il en fait la base de sa décision. Toute autre interprétation va directement contre l'esprit et le but de l'article 1344, en favorisant les fraudes des parties à ses prohibitions, et en encourageant leurs réticences et leurs mensonges intéressés. Ainsi entendues, les dispositions de notre article ne sont que le complément nécessaire des prohibitions de l'article 1341, et il y aurait plus que de la sévérité à les traiter, comme M. Duranton, d'absurdités traditionnelles.

14. Nous ne pouvons ici nous défendre d'une impression générale, sous laquelle nous placent certaines doctrines, plus que relâchées, des auteurs mêmes qui semblent s'être le mieux pénétrés du véritable esprit de la loi. On dirait qu'ils se sont

(1) Toullier, t. 9, n° 45. — Zachariæ, t. 5, pag. 704. — Bonnier, n° 103. — Duranton, t. 13, n° 323. — Marcadé, art. 1344, n° 4.
(2) Sur l'article 1344.

fait un devoir, chaque fois qu'il y a eu place à l'équivoque, de ruser les prohibitions du Code et d'enseigner les moyens de les éluder. C'est même au nom de la vérité et de la bonne foi qu'ils combattent ces dispositions portées contre le mensonge et la fraude. Ainsi présentées, leurs opinions ne laissent pas d'exercer sur l'esprit du juge une séduction souvent irrésistible, alors surtout que les circonstances favorables du fait font ressortir davantage la rigueur de la loi. Eh bien! oserons-nous le dire, nous croyons que ces auteurs n'ont trouvé dans leurs considérations d'équité que des expédients de circonstance, et qu'ils se sont écartés des vrais principes du droit.

15. Il s'agit, par exemple, d'une vente de deux cents francs, pour laquelle le vendeur demande, comme restée due sur le prix, la somme de soixante francs; ou bien, il s'agit d'une somme de deux cents francs, prêtée par une personne, dont un héritier demande cinquante francs pour son quart héréditaire. Nous venons de voir que la preuve testimoniale est inadmissible.

Écoutons, cependant, Pothier (1) : « Mais, dit-il, si, dans l'un et l'autre cas, le demandeur offrait la preuve testimoniale, non de la vente faite pour le prix de deux cents livres, non du prêt de deux cents livres fait par le défunt, mais de la promesse que lui aurait faite le défendeur de lui payer les soixante livres qui restaient dues du prix de vente, ou les cinquante livres qui lui étaient dues pour son quart, je pense qu'il devrait être reçu à la preuve; car cette promesse est une nouvelle convention confirmative de la première, et l'objet de cette convention n'excédant pas cent livres (aujourd'hui cent cinquante francs), rien n'empêche que la preuve testimoniale ne puisse être admise. »

Cette opinion de Pothier a été généralement adoptée sous le Code Napoléon, comme étant parfaitement fondée en équité, et en droit, comme n'étant point contraire à l'article 1344 sai-

(1) *Oblig.*, n° 756.

nement interprété (1). C'est-à-dire, en la résumant en des termes généraux, que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois que la somme réclamée par le demandeur, bien qu'elle soit le restant ou fasse partie d'une somme plus forte, qui aurait dû être constatée par écrit, est demandée en vertu d'une promesse ou d'une reconnaissance, par laquelle il est allégué que le débiteur s'est expressément ou implicitement engagé à payer la somme restée due et inférieure à cent cinquante francs.

Qu'il nous soit permis de n'accepter qu'avec quelque réserve cette opinion, quoique ses partisans la présentent comme une vérité manifeste et évidente de soi. On ne peut d'abord s'empêcher de reconnaître qu'elle fournit un moyen facile d'éluder l'article 1344. L'expérience apprend que les plaideurs ne s'en font point faute, et qu'ils ne manquent pas d'alléguer l'intervention d'une promesse nouvelle ou d'une reconnaissance. Cette allégation n'a-t-elle pas pour objet et pour résultat de violer indirectement les prohibitions de notre article? Comment, dès lors, serait-il permis de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement?

Objectera-t-on que si le demandeur n'établit pas l'existence de la promesse ou reconnaissance qu'il allègue, il sera débouté de sa demande? Soit; mais lorsque la loi prohibe la preuve testimoniale, elle ne défend de l'admettre que dans la prévision qu'elle aura pour résultat de justifier l'allégation de celui qui la propose. Le législateur ne dispose qu'en vue de cette hypothèse et de cette éventualité. La preuve testimoniale étant admise, l'enquête est donc censée devoir établir l'existence de la promesse ou de la reconnaissance alléguée. Or, supposons, conformément aux prévisions de la loi, que cette preuve est administrée; il en résulte bien évidemment que la somme réclamée est le restant ou fait partie d'une créance plus forte, non prouvée par écrit.

(1) DURANTON, T. 13, n° 321. — TOULLIER, T. 9, n° 46. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 705, n° 18. — MARCADÉ, art. 1341, n° 3.

On dit en vain que le demandeur ne prétend pas établir par témoins la dette entière et primitive, mais seulement une convention nouvelle, une simple reconnaissance, pour une somme inférieure à cent cinquante francs. Il nous semble, néanmoins, que ce prétendu nouveau contrat n'est que la reproduction de l'ancien, sauf réduction dans les limites que les prohibitions de la loi rendent nécessaires. Est-ce que, en effet, le titre de la dette est changé? N'a-t-elle pas toujours la même cause, la même origine? Qu'importe que le chiffre en soit réduit, puisque cette réduction n'a d'autre effet que d'établir que la somme demandée est le restant ou fait partie d'une somme plus forte, pour laquelle la preuve testimoniale est inadmissible? Nous nous écartons donc en ce point de l'opinion commune.

16. Toutefois, il est un cas où l'article 1344 nous semble inapplicable; c'est lorsque la nouvelle promesse ou reconnaissance, alléguée par le demandeur, emporte novation dans les termes de l'article 1271 ou de l'article 879.

Ainsi, vous m'avez payé cent cinquante francs sur les trois cents francs que vous me deviez; quant aux cent cinquante francs restant, j'articule que vous avez contracté envers moi une nouvelle dette qui a été substituée à l'ancienne; par exemple, que vous vous êtes engagé à me donner en payement un tonneau de vin. Ou bien encore le demandeur allègue qu'un nouveau débiteur a été substitué à l'ancien, qui a été déchargé par le créancier; ou que, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier a été substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. Ou bien enfin il prétend qu'il y a eu novation dans la créance contre le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur. Dans ces divers cas de novation réelle ou personnelle, conformément aux articles 1271 et 879, pourvu qu'il ne s'agisse point de somme ou valeur excédant cent cinquante francs, la preuve testimoniale sera admissible, quoiqu'il ait été déclaré par la partie, ou reconnu par le juge, que la novation a eu pour origine une somme ou valeur qui faisait partie ou était le restant d'une chose excédant en valeur la somme de cent cinquante francs.

Si l'article 1344 nous paraît alors inapplicable, c'est que, en réalité, il y a un nouveau contrat; que l'ancien engagement est éteint, et que l'on ne peut plus, dès lors, dire que la chose actuellement réclamée en soit le restant ou en fasse partie; c'est qu'enfin le défendeur, en faisant ainsi, avec l'autre partie, une convention nouvelle emportant novation, l'a relevée, par cela même, de la prohibition qui lui interdisait d'invoquer la preuve testimoniale, puisqu'il ne s'agit plus désormais entre eux que d'un fait juridique dont la valeur n'excède point cent cinquante francs.

Ramenée à ces termes, la question est plus de fait que de droit. Les juges auront donc à apprécier les circonstances et à examiner, d'après les faits de chaque cause, si les parties ont eu l'intention de faire novation de l'ancien titre.

Rien ne s'oppose, par exemple, à ce qu'ils en voient une dans la promesse que fait devant témoins le débiteur qui, recevant de son créancier le titre constitutif de la créance, ne paye qu'une partie de la dette, et s'engage à payer prochainement le reliquat, qui est inférieur à cent cinquante francs (1). La remise volontaire du titre vaut, en effet, quittance de l'ancienne dette, et il ne reste plus que la nouvelle obligation verbale, pour laquelle aucun acte écrit n'était exigé.

La circonstance de novation qualifiée et caractérisée, dans les termes des articles 1271 et 879, nous paraît donc décisive, tandis qu'une simple promesse ou reconnaissance, explicite ou implicite, nous semble insignifiante. Nous espérons que les raisons de droit tirées de la nature et des effets de la novation, sur lesquelles nous avons essayé de fonder notre distinction, nous épargneront le reproche d'inconséquence. Quant à la crainte de voir l'allégation d'actes prétendus de novation servir dans la pratique à éluder l'application de l'article 1344, nous nous bornerons à remarquer, quelque puissante que soit cette considération en matière de prohibitions légales, que, cependant, elle est de nature à faire d'autant moins impression que

(1) TOULLIER, T. 9, n° 47.

les actes de novation sont eux-mêmes moins fréquents. Il reste d'ailleurs, pour dernière garantie contre la fraude, la conscience et la sagacité des juges.

17. M. Duranton (1) examine une autre question. Il suppose une vente faite moyennant un prix supérieur à cent cinquante francs, sur lequel l'acquéreur a payé comptant une partie, qui réduit la somme restée due à un chiffre inférieur. Il se demande si, dans ce cas, l'article 1344 est applicable, et il se prononce pour la négative, par la raison qu'en réalité la dette n'a jamais été, par l'effet du payement comptant, que d'une somme n'excédant pas cent cinquante francs.

Cette opinion nous paraît inadmissible. Sans prétendre subtiliser, et on le pourrait peut-être avec raison, sur la question de savoir si, nonobstant le payement opéré comptant d'une partie du prix, le vendeur n'a pas eu dans le principe une créance supérieure à cent cinquante francs, il nous suffit de répondre qu'en demandant la partie du prix restée due, il se fonde sur l'existence d'un fait juridique, d'un contrat, ayant pour objet une chose dont la valeur excède la somme de cent cinquante francs. Il serait donc, dans tous les cas, exclu de la preuve testimoniale par les dispositions générales de l'article 1341, s'il ne l'était par les dispositions particulières de l'article 1344.

18. Nous remarquerons seulement qu'il importe de distinguer si le payement opéré comptant s'applique à une convention particulière, et si le prix resté dû a pour cause un contrat séparé et différent, pour lequel le demandeur a suivi la foi de l'autre partie. Dans ce cas, la preuve testimoniale serait admissible, si ce dernier contrat n'a pas pour objet une chose de valeur supérieure à cent cinquante francs. Tel est le cas où, vendant en même temps, mais d'une manière distincte, deux choses dont l'une m'est payée comptant, je n'ai plus à réclamer que le prix de l'autre stipulé à terme.

(1) T. 13, n° 322. — MARCADÉ, art. 1344, n° 3.

Il n'en serait même pas autrement dans le cas où le prix de l'une des deux ventes ne m'aurait été payé que plus tard, et où le prix de l'autre me resterait seul dû. On essayerait vainement, pour m'exclure de la preuve testimoniale, de combiner l'article 1344 avec l'article 1346, et de soutenir, en conséquence, que la somme que je réclame, comme prix particulier d'une vente distincte, est le restant d'une créance plus forte, composée des prix cumulés des deux ventes, parce que, s'ils m'eussent été encore dus tous les deux, j'aurais dû en former la demande par le même exploit. L'article 1346 est, en effet, inapplicable à ce cas. Il suppose des demandes effectivement formées, et il ne signifie pas que l'on doive encore réunir à leur montant les sommes qui ont été acquittées antérieurement sur les causes d'obligations particulières, dont aucune n'excédait la valeur de cent cinquante francs. Il suffit alors que la demande ne dépasse point cette somme, pour que la preuve testimoniale soit admissible. Car elle ne contient aucune fraude possible envers la loi.

19. Mais s'il me restait dû sur les deux ventes une portion du prix, il faudrait alors combiner l'article 1344 avec les articles 1345 et 1346, et décider, par suite, que la preuve testimoniale est inadmissible, quoiqu'il s'agisse d'une demande inférieure à cent cinquante francs. La vérité est, en effet, que pour justifier ma demande, je dois établir les ventes que j'allègue. Or, l'intérêt de ces deux actes, réunis ensemble, excède cent cinquante francs; et, si mes conclusions sont inférieures à cette somme, néanmoins, comme elles ont trait à un restant d'une créance plus forte, je ne puis invoquer la preuve par témoins.

Nous disons enfin, pour nous résumer, que, dans la combinaison des articles 1344, 1345 et 1346, les seuls actes qui ne doivent point être pris en considération sont ceux qui, antérieurement à l'introduction de la demande, ont été l'objet d'un payement intégral qui a complètement éteint l'obligation. Ils ne comptent plus, et il doit en être fait abstraction d'une manière absolue.

20. L'article 1344 est encore applicable à l'égard de ceux qui ont cautionné, même pour une somme n'excédant pas cent cinquante francs, une obligation qui, prise dans sa totalité, excède cette somme. Le créancier ne peut prouver contre eux, par témoins seulement, l'existence de ce cautionnement pour partie. Il est incontestable, en effet, que la somme qu'il demande fait partie d'une créance plus forte, pour laquelle il aurait dû prendre une preuve littérale. Comment, d'ailleurs, pourrait-il user, à l'égard des cautions, pour établir sa créance, d'un genre de preuve qui est irrecevable à l'égard du débiteur principal? Qu'il prouve, avant tout, l'engagement de ce dernier.

Ce qui ne veut pas dire, toutefois, que le créancier ne puisse, lorsque l'obligation du principal débiteur est légalement établie, prouver par témoins le cautionnement qu'un tiers aurait donné pour partie de la dette, au-dessous de la somme de cent cinquante francs. Car, bien que le cautionnement doive être exprès, la preuve s'en fait suivant les règles du droit commun.

21. Il arrive quelquefois que le défendeur, pour se placer sous la protection de l'article 1344, déclare spontanément que la somme demandée est le restant ou fait partie d'une créance plus forte. De pareils aveux sont précieux pour le demandeur, qui n'a qu'à en demander acte, et peut y trouver, suivant les circonstances, un commencement de preuve par écrit, si le défendeur n'a eu soin d'y apporter quelques réserves qui en annulent en sa faveur les effets préjudiciables, à cause de leur indivisibilité.

Je vous demande cent cinquante francs; vous me répondez que cette somme fait partie de trois cents francs que je vous ai prêtés. Voilà un aveu qui me relève des prohibitions de la loi. Je pourrai même, en en prenant acte, augmenter mes conclusions. Mais vous ajoutez que vous avez tout remboursé; votre déclaration est indivisible, et je suis réduit à établir ma demande par les autres moyens légaux de preuve qui sont à ma disposition. Que si les juges admettent la preuve testimo-

niale, et que l'enquête prouve qu'effectivement les cent cinquante francs que je demande font partie ou sont le reliquat d'un prêt plus considérable, mes prétentions devront être écartées. Dans le cas contraire, elles devront être accueillies. Mais vos déclarations, à cause de leur caractère indivisible, auront été, dans tous les cas, sans influence sur le jugement.

ARTICLE 1345.

Si, dans la même instance, une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de cent cinquante francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps, si ce n'était que ces droits procédassent, par succession, donation ou autrement, de personnes différentes.

ARTICLE 1346.

Toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, seront formées par un même exploit, après lequel les autres demandes dont il n'y aura point de preuves par écrit, ne seront pas reçues.

Sommaire.

1. Concours de plusieurs demandes. Ancien droit.
2. Dispositions nouvelles de l'ordonnance de 1667, reproduites par le Code Napoléon.
3. Demandes séparées. L'article 1346 obvie à la fraude.
4. Les demandes ultérieures sont seulement rejetées. Maintien des jugements antérieurs.
5. La fin de non recevoir peut être suppléée par le juge.
6. En quel sens toutes les demandes doivent être formées par le même exploit.
7. Ce que doit faire le défendeur, quand il suppose quelque dissimulation.
8. *Quid*, si le demandeur fait des réserves?

9. Peu importe que les demandes aient pour objet des choses identiques,
10. Ou soient de la compétence de juridictions différentes.
11. L'article 1346 n'est pas applicable quand toutes les demandes réunies n'excèdent pas cent cinquante francs.
12. En quel sens et comment les autres demandes ne sont point reçues.
13. Exception résultant des articles 1347 et 1348.
14. Suite.
15. Exception quand les droits procèdent de personnes différentes.
16. Suite. Cautionnement. Solidarité.
17. *Quid*, au cas où les créances sont attribuées à des héritiers différents?
18. Conclusion générale.
19. Exception, pour l'article 1346, résultant des articles 1347 et 1348,
20. Et de l'origine des droits procédant de personnes différentes.
21. Il n'y a pas à distinguer entre les créances exigibles ou inexigibles,
22. Ou celles qui sont de la compétence de juridictions différentes.
23. Les articles 1345 et 1346 ne s'appliquent pas aux demandes dont la cause est postérieure à l'introduction de la première demande.

COMMENTAIRE.

1. Jusqu'à présent nous avons vu le demandeur poursuivre le payement d'une seule et unique obligation, soit que sa demande eût pour objet la totalité ou seulement le restant ou une partie de la dette. L'article 1345 prévoit une hypothèse différente.

Une partie fait dans la même instance plusieurs demandes dont il n'y a point de titre par écrit. Aucune d'elles, considérée séparément, ne dépasse la somme de cent cinquante francs; mais, jointes ensemble, elles excèdent cette somme. La partie allègue même et justifie, au besoin, que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se sont formées en différents temps. La preuve testimoniale est-elle admissible? Non, dispose notre article.

A ne consulter que le raisonnement, il semble cependant qu'elle doive être admise. Car, le demandeur, en traitant pour des causes diverses et en des temps différents, n'a fait aucun acte pour lequel la loi exigeât un titre écrit. Et, s'il est vrai qu'en principe on doive se reporter à l'origine de l'obligation et non à l'époque du litige, pour savoir si la preuve par témoins

doit être admise ou rejetée, on ne saurait douter que, dans notre hypothèse, elle ne soit parfaitement recevable. Aussi, sous l'ordonnance de Moulins, les auteurs (1) n'hésitaient-ils pas à l'admettre, et la pratique était conforme à leur opinion.

2. Cependant, on introduisit dans l'ordonnance de 1667, titre 20, article 5, les dispositions que l'article 1345 ne fait que reproduire. M. le premier président Lamoignon s'y opposa vainement, en prétendant que l'article était contre l'usage et contre le droit reçu partout généralement. M. Pussort, rédacteur du projet, insista et dit que si on ne réduisait toutes les actions ensemble, l'on ne manquerait point de témoins affidés pour déposer. M. le président de Novion ajouta que les procès qui se font pour différentes causes, pouvaient être joints pour plus grande facilité; que cette multiplicité d'actions était contraire à la présente réformation; que l'on se devait, en tout cas, imputer sa facilité, et qu'il était libre de ne pas prêter au-dessus de cent livres (2).

Aujourd'hui, certains auteurs (3) regrettent que ces dispositions aient passé dans le Code Napoléon, comme si leur suppression ne dût pas fournir toute facilité d'éluder les prohibitions de la loi, et qu'elles n'en fussent point le complément indispensable et la sanction nécessaire. N'y a-t-il pas, ainsi que le faisaient remarquer MM. Pussort et de Novion, un double intérêt public à éviter la multiplicité des procès et la subornation des témoins? L'expérience ne nous apprend-elle pas que le même faux témoin viendra déposer sur toutes les créances, malgré leur diversité de causes et de temps, et que son témoignage n'en coûtera pas pour cela plus cher au demandeur? Les rédacteurs du Code Napoléon se sont ainsi préoccupés, avec grande raison, d'abus que les rédacteurs de l'ordonnance de 1667 avaient pu constater et dû prévenir (4).

(1) Boiceau, ch. 8, nos 11 et 12.
(2) Voy. Procès-verbal de l'Ordonn. de 1667, pag. 220.
(3) Toullier, t. 9, no 48.
(4) Jousse, Ordonn., tit. 20, art. 6. — Pothier, *Oblig.*, no 757.

3. Mais la fraude est ingénieuse. Supposons que le demandeur, au lieu de former toutes ses demandes dans une seule et même instance, ne les fasse que successivement, une à une. Aucune d'elles ne dépasse la somme ou valeur de cent cinquante francs; pourra-t-il ainsi, en invoquant sur chacune d'elles la preuve testimoniale, se soustraire à l'application de l'article 1345? L'article 1346 obvie autant que possible à cet inconvénient. Toutes les demandes, dit-il, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, seront formées par un même exploit, après lequel les autres demandes dont il n'y aura point de preuve par écrit, ne seront pas reçues. Cet article ne fait que reproduire littéralement l'article 6, tit. 20, de l'ordonnance de 1667.

4. Remarquons d'abord que la sanction de l'article 1346 consiste seulement dans le rejet des autres demandes séparément formées, et dont il n'existe point de preuve écrite. Quant aux demandes antérieures qui auraient été accueillies, les jugements rendus et passés en force de chose jugée, n'en doivent pas moins recevoir leur entière et parfaite exécution. Ce sera donc toujours autant de gagné pour le demandeur.

5. Si le demandeur n'opposait pas la fin de non recevoir sur les dernières demandes formées contre lui, le juge pourrait la suppléer d'office. Car les prohibitions de la loi, en matière de preuve testimoniale, ainsi que leur sanction, sont d'ordre public (1).

Nous devons, cependant, reconnaître que l'article 1346 passe en quelque sorte inaperçu dans la pratique. Jousse disait aussi dans son temps : « Il serait bien à souhaiter que cette disposition, qui est très sage, fût observée plus exactement qu'elle ne l'est. » Rodier fait la même remarque.

6. Notre article veut que toutes les demandes soient formées par le même exploit. Il ne faut pas entendre ces expressions

(1) JOUSSE, Ordonn., tit. 20, art. 6.—Annotateurs de Zachariæ, T. 5, pag. 717, n[te] 45. — *Contrà*, DURANTON, T. 13, n° 328.

dans un sens rigoureux et absolu. Il sera également satisfait à ses prescriptions, si la partie forme ses demandes par des actes distincts, mais se rapportant à une seule et même instance, soit que ses conclusions soient prises dans des exploits d'huissier ou dans des actes d'avoué à avoué; ou bien encore, si, procédant par voie de reconvention, elle forme ses demandes, par exception à l'action principale, au moyen de conclusions prises et notifiées.

Comme la loi veut seulement que le juge soit appelé à statuer sur toutes les demandes jointes ensemble, il importe peu comment s'opèrent cette réunion de demandes et cette unité d'instance. Si l'article 1346 parle d'un même exploit, c'est à titre d'énonciation seulement, et sans exclure les autres actes de procédure qui peuvent conduire au même résultat. L'article 1345, plus général dans ses termes, ne parle lui-même que d'une même instance.

7. Que si le défendeur, contre lequel il n'est formé qu'une seule demande, suppose que le demandeur n'agit ainsi que pour éluder l'application de l'article 1345, il peut le mettre en demeure de s'expliquer sur le point de savoir s'il entend ou non former contre lui quelques autres demandes ultérieures. Sur son refus de s'expliquer ou sur ses dénégations, il peut demander au juge que la décision à intervenir vaille pour lui, d'ores et déjà, quittance pour toutes les demandes, actions et prétentions que son adversaire pourrait exercer plus tard, en contravention aux articles 1345 et 1346.

Si le demandeur, ainsi mis en demeure, forme de nouvelles demandes qu'il joint à la première, alors on tombe pleinement sous l'application de l'article 1345.

Dans le cas contraire, et si l'enquête établit qu'il avait à former d'autres demandes qu'il n'a pas jointes, le juge doit, sans avoir autrement égard à l'interlocutoire, déclarer la demande non recevable. Et si, plus tard, le demandeur introduit d'autres demandes qu'il aurait dû former avec la première, il en sera encore débouté, conformément à l'article 1346.

8. Si, au lieu de former expressément une demande, il se borne à faire des réserves explicites et spéciales dans ses conclusions, le défendeur et le juge lui-même d'office peuvent opposer, comme fin de non recevoir, que les demandes faites, jointes aux prétentions réservées, quand même celles-ci ne seraient pas exigibles, excèdent la somme ou valeur de cent cinquante francs, et que, en conséquence, la preuve testimoniale est inadmissible. Il résulte, en effet, du texte comme de l'esprit de l'article 1345, que la prohibition d'admettre la preuve par témoins s'applique aussi bien à chaque demande en particulier, qu'à l'ensemble des demandes en général. Le demandeur ne peut donc, en se bornant à faire des réserves pour les chefs dont il ne fait pas actuellement un sujet de demande, se soustraire à l'application de l'article 1345; et, si l'article 1346 déclare non recevables les autres demandes ultérieurement formées, il ne veut pas dire pour cela que les premières demandes doivent être accueillies, s'il est d'ailleurs établi, par les déclarations ou réserves du demandeur, qu'elles concourent avec d'autres prétentions qui élèvent le chiffre de l'ensemble à une somme ou valeur excédant cent cinquante francs.

9. Il est indifférent, pour l'application des articles 1345 et 1346, que les demandes aient pour objet des choses identiques. Ils sont également applicables lorsque, des diverses demandes, les unes ont pour objet de l'argent, les autres une chose différente à donner, à faire ou à ne pas faire. Il s'agit alors d'évaluer ces dernières, pour en joindre la valeur aux autres sommes. Car la loi étant fondée sur ce que le créancier a eu tort de ne pas retirer une preuve littérale aussitôt que ses créances, de quelque nature qu'elles soient, étaient supérieures à la somme de cent cinquante francs, ce motif est le même, soit qu'elles aient pour objet de l'argent ou des choses d'espèce différente.

10. Par la même raison, il importe peu que les demandes soient de nature à être portées devant des tribunaux différents. La contravention à la loi, qui exigeait une preuve littérale,

n'est pas couverte par la diversité de juridictions. Les principes relatifs à l'inadmissibilité de la preuve testimoniale n'en sont pas modifiés; et la prohibition de ce genre de preuve s'appliquant à chaque demande en particulier comme à l'ensemble, il s'ensuit que chaque juridiction, régulièrement saisie, doit repousser la preuve par témoins, comme si toutes les demandes étaient jointes, alors même que l'action particulière qui a été portée devant elle n'excède pas la valeur de cent cinquante francs (1). Il se fait alors devant chaque tribunal une jonction fictive de toutes les demandes. Ainsi se concilient les principes relatifs à la preuve testimoniale, et ceux qui concernent l'ordre des juridictions.

11. L'article 1346 est-il applicable lorsque les demandes n'ayant pas été toutes formées en même temps, les premières, jointes aux dernières, n'excèdent pas la somme ou valeur de cent cinquante francs? Il semble que ses dispositions soient absolues, indépendantes de celles de l'article 1345, et qu'elles n'admettent aucune distinction entre les cas où les diverses demandes réunies sont supérieures ou inférieures à cette somme. Telle est l'opinion des annotateurs de M. Zachariæ (2). Nous inclinons cependant vers un sentiment contraire.

L'article 1346 a sans doute pour objet de prévenir la multiplicité des procès. Mais cette raison lui est commune avec toutes les autres dispositions prohibitives qui concernent la preuve testimoniale. On ne peut donc prétendre, par cela seul, qu'il ait été conçu dans un esprit différent, et que ses prescriptions irritantes aient un caractère particulier de pénalité. Soit qu'il s'agisse de régler l'admissibilité de la preuve par témoins, ou de déjouer les fraudes possibles envers la loi, le principe général et supérieur en cette matière est que la preuve par témoins est admissible lorsqu'il s'agit d'une somme ou valeur n'excédant pas cent cinquante francs.

D'autre part, l'article 1346 n'a pas seulement pour but d'ob-

(1) *Contrà*, TOULLIER, T. 9, n° 50. — BONCENNE, T. 4, pag. 165.
(2) T. 5, pag. 714.

vier aux inconvénients résultant de la multiplicité des procès. Il se réfère à l'article précédent; il en assure, autant que possible, l'exécution, et prévient les manœuvres par lesquelles on pourrait y contrevenir, en édictant une fin de non recevoir qui a le caractère d'une véritable sanction pénale. Pourquoi veut-il, sous la peine qu'il détermine, que toutes les demandes soient formées par le même exploit? C'est afin que le juge, saisi en même temps de toutes ces demandes, vérifie si, jointes ensemble, elles excèdent ou non la somme de cent cinquante francs. Cette corrélation entre l'article 1345 et l'article 1346 nous semble à peine contestable, après ces paroles de M. Pussort, en réponse aux observations de M. le premier président Lamoignon (1) : « que si l'on ne réduisait toutes les actions ensemble, l'on ne manquerait point de témoins affidés pour déposer; mais qu'il y avait été pourvu par l'article suivant. » N'oublions pas, en effet, que ces articles sont les articles 5 et 6, titre 20, de l'ordonnance de 1667.

La raison principale de ces dispositions est donc dans la crainte de la subornation de témoins. Mais comme le législateur a posé lui-même pour limite à cette crainte la somme de cent cinquante francs, il en résulte que là où cette somme n'est pas dépassée, l'article 1346 cesse d'être applicable, puisque le demandeur a formé distinctement et successivement ses demandes, sans entendre éluder l'article 1345, qui, même au cas de jonction des demandes, ne pouvait recevoir d'application contre lui.

Il y aura, il est vrai, plusieurs procès au lieu d'un; mais cet inconvénient de chicane n'a jamais fait déclarer les actions irrecevables en elles-mêmes; et si, dans les cas où une fraude à la loi est possible, elle a paru au législateur suffisante pour exclure le demandeur de la preuve testimoniale, du moment que toute possibilité de fraude cesse, les dispositions irritantes doivent cesser aussi. Il est tellement vrai que la partie n'est déchue de son action que par suite de l'irrecevabilité de la

(1) Procès-verbal, pag. 219.

preuve par témoins, que, malgré la pluralité de procès, si les dernières demandes étaient justifiées par écrit, elles devraient être reçues. Cette déchéance elle-même se réfère donc à l'ordre d'idées dans lequel la preuve testimoniale a été rejetée en principe par la loi ; c'est-à-dire qu'elle suppose toujours que l'ensemble des demandes réunies excède cent cinquante francs. Entendu autrement, l'article 1346 pourrait être, avec raison, accusé d'iniquité.

12. En disposant que les autres demandes dont il n'y aura point de preuves par écrit ne seront pas reçues, il ne veut pas dire que l'action est elle-même purement et simplement non recevable. La partie est seulement déchue, en tant qu'elle en est réduite à invoquer, à l'appui de sa demande, la seule preuve testimoniale (1).

Cette interprétation résulte des observations mêmes que nous venons de présenter. Quelles sont, en effet, les demandes que l'article 1346 interdit de recevoir ? Ce sont celles qui, n'étant point justifiées par écrit, auraient dû, en conséquence, être formées avec d'autres qui ont été faites antérieurement. Pourquoi veut-il que toutes ces demandes soient jointes ? C'est afin que le juge soit en état de vérifier si, jointes toutes ensemble, elles excèdent ou non la somme de cent cinquante francs, et si, par suite, la preuve testimoniale doit être rejetée ou admise. Les demandes disjointes et ultérieurement formées ne sont donc déclarées irrecevables qu'au point de vue de la prohibition de la preuve testimoniale ; de telle sorte que si le demandeur est à même d'invoquer, à l'appui de ses prétentions, un autre genre de preuve, le juge ne devra pas rejeter son action. La sanction de l'article 1346 cessant dans ce cas, il s'ensuit que la partie est encore fondée à se prévaloir de l'aveu du défendeur, et à lui déférer le serment litis-décisoire.

13. Nous allons démontrer de plus en plus que les disposi-

(1) Toullier, t. 9, n° 49. — Duranton, t. 13, n° 328. — *Contrà*, Annotateurs de Zachariæ, t. 5, pag. 717. — Marcadé, art. 1346, n° 4.

tions des articles 1345 et 1346 ne font que se rattacher aux règles générales du droit, concernant la prohibition de la preuve testimoniale pour somme ou valeur excédant cent cinquante francs. Quant à l'article 1345, s'il repousse la preuve par témoins, lorsque les demandes formées dans la même instance et jointes ensemble excèdent cent cinquante francs, ce n'est, ainsi qu'il le déclare expressément, que lorsqu'il n'en existe point de titre par écrit. Il convient donc d'abord, pour l'application de cet article, de ne point compter les demandes qui sont justifiées par écrit. Il doit en être fait complètement abstraction.

Il en est de même de celles pour lesquelles il existe un commencement de preuve par écrit. L'ordonnance de 1667, titre 20, article 5, en avait une disposition expresse. Si, dans une même instance, disait-elle, la partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de preuves, ou commencement de preuve par écrit... Les rédacteurs du Code ont supprimé ces derniers mots; mais on ne saurait douter que l'article 1345 n'ait été rédigé dans le même sens et avec la même portée. Il était d'ailleurs superflu d'y insérer d'une manière spéciale l'exception générale qui se trouve édictée dans l'article 1347. Le demandeur peut, en conséquence, provoquer la comparution de son adversaire à l'audience, ou son interrogatoire sur faits et articles, afin de se procurer un commencement de preuve par écrit.

Nous disons encore que l'on doit faire également abstraction, dans l'évaluation des diverses demandes jointes ensemble, de celles qui peuvent, exceptionnellement et en conformité de l'article 1348, être prouvées par témoins. Cette seconde exception générale s'applique, en effet, incontestablement à l'article 1345, aussi bien que celle de l'article 1347 (1).

L'on ne doit pas enfin prendre en considération les demandes dont la nature commerciale rend la preuve par témoins admissible.

(1) DURANTON, T. 13, n° 324. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 712.

14. Peu importe, d'ailleurs, que les chefs de demande, pour lesquels nous supposons la preuve testimoniale admissible, soient antérieurs ou postérieurs à ceux pour lesquels le demandeur a pu se procurer une preuve écrite. Car le demandeur n'a dû, en aucun cas, se préoccuper de la nécessité d'une preuve littérale, puisque, pour certaines demandes, il était protégé par une exception, et que, quant aux autres, comme elles n'excèdent point cent cinquante francs, il a pu se contenter de la preuve testimoniale (1).

Cependant, M. Duranton (2) hésite pour le cas où le chef de demande dont le demandeur a pu se procurer une preuve écrite, a une cause postérieure au fait qui a donné lieu à l'autre créance, qui se trouve exceptionnellement régie par l'article 1348. Il est porté à croire que toute nouvelle demande, ayant une cause antérieure à la première, devrait être rejetée. Il est vrai que, dans ce cas, la partie a pu, en supposant toutefois qu'elle connût l'existence des créances antérieures, se procurer une preuve par écrit de sa seconde créance, par exemple, du prêt fait par elle, et, en même temps, par la même occasion, faire reconnaître son droit quant aux créances qui ont une cause antérieure. Mais, de ce qu'elle ne l'a pas fait, il ne saurait résulter contre elle aucune sorte de déchéance, puisque les deux créances sont indistinctement susceptibles d'être prouvées par témoins, la première en date en vertu de l'article 1348, et la seconde en vertu de l'article 1341.

15. Il y a enfin une dernière exception à la prohibition de la preuve testimoniale, lorsque les droits sur lesquels sont fondées les demandes, qui, jointes ensemble, excèdent cent cinquante francs, procèdent de personnes différentes, par succession, donation ou autrement (1345). On ne saurait en effet exiger, dans ce cas, pour chaque créance, d'autre genre de preuve que celui que la loi présentait elle-même comme suffisant à chacune des parties contractantes.

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 713. — Marcadé, art. 1345, n° 3.
(2) T. 13, n° 321.

Ces mots, ou autrement, permettent même d'étendre l'exception au cas où, à l'insu l'un de l'autre, le mandant et le mandataire ont fait avec la même personne des actes qui donnent lieu à des demandes, qui réunies excèdent cent cinquante francs, mais qui séparées ne dépassent pas cette somme. Traitant chacun de son côté, et dans l'ignorance de ce qu'a fait l'autre, aucun d'eux n'a eu à se préoccuper de la nécessité d'une preuve littérale.

Mais si, après avoir acquis par un moyen quelconque le droit qui fonde l'un des chefs de demande, le demandeur avait fait, en connaissance du premier, un nouvel acte dont l'intérêt juridique, réuni à l'autre chef d'action, en portât la valeur à plus de cent cinquante francs, notre exception cesserait. Car le concours des créances résulte du fait de la même personne, et, sauf les cas d'erreur qui sont exceptés, on ne peut dire que les droits procèdent de personnes différentes. Le demandeur, sachant qu'il était déjà créancier, devait retirer une preuve écrite en faisant le second acte (1).

16. L'exception de l'article 1345 cesse également dans cette hypothèse : J'ai prêté à Pierre cent francs sous le cautionnement de Paul, puis pareille somme de cent francs sous le cautionnement de Jean. Je ne puis prouver par témoins aucune des deux obligations à l'égard de Pierre, et chacune des cautions a les mêmes exceptions que le débiteur principal. Mais si Pierre reconnaît la dette, ou que la preuve testimoniale en soit admissible parce qu'il existe un commencement de preuve par écrit, je puis prouver les cautionnements, qui sont des obligations distinctes et procédant de personnes différentes.

Il en serait de même au cas où, après avoir prêté cent francs à Pierre, je lui aurais prêté pareille somme de cent francs, solidairement avec Paul. Je ne pourrai prouver par témoins aucun chef de demande, parce que la prohibition de la preuve testimoniale, s'appliquant à chaque chef particulier comme à

(1) Voy. cep. DURANTON, t. 13, n° 325.

l'ensemble, concerne, mais à l'égard de Pierre seulement, la seconde créance aussi bien que la première. Mais la preuve testimoniale sera admissible pour la seconde, à l'égard de Paul, sans qu'il soit besoin le moins du monde que Pierre reconnaisse son premier engagement. Telles sont, en effet, les conséquences de la solidarité convenue, que les demandes procèdent du chef de personnes différentes, puisque Paul s'est principalement engagé.

De même, supposez que, après avoir prêté cent francs à Pierre, je prête cent francs à Paul sous le cautionnement de celui-ci. Je ne pourrai certainement pas prouver par témoins le double engagement de Pierre, parce qu'il dépasse cent cinquante francs; mais je pourrai établir de cette manière l'engagement de Paul comme débiteur principal, parce qu'il existe indépendamment des obligations de Pierre, pour lesquelles seules j'ai dû retirer une preuve écrite.

Nous concluons par cette observation générale : c'est que, dans l'application de l'article 1345, on doit considérer séparément la situation de chaque défendeur comme obligé, et admettre ou rejeter, en conséquence, à son égard, la preuve testimoniale, suivant que les demandes formées contre lui n'excèdent pas ou excèdent la somme de cent cinquante francs, à moins que les demandes, dans le cas même où elles ne sont pas supérieures à cette somme, n'aient pour causes des engagements simplement accessoires à des obligations principales pour lesquelles la preuve par témoins est irrecevable.

17. On s'est posé la question suivante : Une personne avait deux créances, dont aucune n'excède la somme de cent cinquante francs, sur le même individu. L'une de ces créances est attribuée à l'un des héritiers, et la seconde à l'autre. Chacun de ces héritiers pourra-t-il, en formant séparément sa demande, être admis à la preuve testimoniale? Nous ne le pensons point.

Quoique les deux créances aient des causes différentes, et qu'elles datent de temps différents, le défunt n'aurait point été

admis à en établir l'existence par témoins. Ses héritiers ne sauraient être de condition meilleure, soit qu'ils agissent séparément ou ensemble. Autrement, il serait loisible à une personne d'éluder les dispositions de l'article 1345, en léguant chaque créance à une personne différente, et, par la même raison, en faisant de l'une l'objet d'un transport en faveur d'un tiers. On objecte que l'obligation de réunir toutes ses demandes dans un même exploit, est une obligation personnelle qui ne peut être imposée aux héritiers, légataires ou ayants-cause. C'est se méprendre étrangement sur le caractère de cette obligation. Bien loin d'être attachée à la personne, et de résulter d'une incapacité ou inaptitude personnelle, elle tient, en réalité, à la nature des demandes elles-mêmes; car, ainsi que nous l'avons déjà vu, la prohibition de la preuve testimoniale s'applique, dans le cas de l'article 1345, à un seul chef des demandes en particulier, aussi bien qu'à leur ensemble d'une manière générale. Chacun des héritiers, légataires ou ayants-cause est donc exclu de la preuve par témoins, comme l'eût été son auteur lui-même (1).

Il peut, toutefois, se présenter une difficulté pratique, lorsque l'un d'eux forme une demande distincte et séparée de la créance qui lui appartient. Mais cette difficulté est exactement la même que si le créancier originaire n'avait lui-même formé qu'un seul chef de demande, pour se soustraire aux conséquences de la jonction des divers chefs. Or, nous avons examiné cette hypothèse. Le défendeur pourra donc appeler en cause les propriétaires ou possesseurs de l'autre créance, et agir, contre toutes les parties réunies, comme s'il avait en face un seul et unique créancier. Quant au juge, son devoir est également le même. Nous renvoyons, au surplus, à ce que nous avons dit plus haut (2).

Les observations que nous venons de présenter s'appliquent aussi au cas où une personne devant, pour diverses causes,

(1) MARCADÉ, art. 1345, n° 2. — *Contrà*, RODIER, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 5. — TOULLIER, T. 9, n° 52.

(2) *Suprà*, n° 7.

différentes choses à une autre, charge chacun de ses héritiers d'acquitter une dette particulière qui n'excède pas cent cinquante francs. La condition du créancier ne sera pas meilleure vis-à-vis de chacun des héritiers qu'à l'égard de leur auteur. Mais nous devons remarquer que, le plus souvent, l'acte par lequel les héritiers seront chargés d'acquitter les dettes, constituera, en faveur du créancier, soit un titre parfait, soit un commencement de preuve par écrit.

18. Par les exemples que nous avons cités, on a pu déjà parfaitement comprendre en quels cas les droits sur lesquels les diverses demandes sont fondées, procèdent de personnes différentes. Cette diversité de personnes existe activement ou passivement : Activement lorsque, étant déjà créancière, une personne est mise au lieu et place d'un tiers qui était lui-même créancier du même débiteur commun; ou lorsque cette personne succède, à un titre quelconque, à d'autres qui avaient des créances à exercer contre un même débiteur : Passivement, lorsqu'un débiteur succède, à un titre quelconque, à un autre débiteur du même créancier; ou lorsqu'on est mis au lieu et place de plusieurs personnes qui étaient débitrices envers un créancier commun. Les droits ou les obligations procèdent alors de personnes différentes, et leur réunion dans les mains de la même personne n'y apporte, sous aucuns rapports, ni changement ni altération. C'est ce qu'exprime l'article 1345, en exceptant cette hypothèse de ses dispositions prohibitives.

19. Il nous sera maintenant plus facile de compléter notre commentaire de l'article 1346.

Nous disons, tout d'abord, que nous prenons pour point de départ cette idée déjà développée, que l'article 1346 se réfère à l'article 1345, qu'il en est la sanction, et qu'en déclarant non recevables les autres demandes ultérieurement et séparément formées, ce n'est qu'en tant que le demandeur n'appuie ses prétentions que sur une preuve testimoniale qui eût été inadmissible, s'il eût joint toutes ses demandes dans la même instance. La corrélation de ces deux articles étant admise, on

comprend l'influence que le commentaire de l'un exerce sur l'autre. C'est en partant d'un principe différent que la plupart des auteurs qui ont écrit sous le Code Napoléon, et notamment MM. Aubry et Rau, annotateurs de M. Zachariæ, sont arrivés à des conséquences d'une telle exagération, suivant nous, que la crainte de multiplier les procès, à laquelle ils les rattachent, ne saurait en justifier l'iniquité.

Ainsi, de même que dans l'application de l'article 1345, on ne doit point tenir compte des demandes à l'égard desquelles la preuve testimoniale est admissible, soit parce qu'elles sont de nature commerciale, qu'il existe un commencement de preuve écrite, ou que le créancier n'a pu se procurer une preuve littérale; de même, dans l'application de l'article 1346, on ne doit point étendre la fin de non recevoir qu'il édicte aux chefs de demande qui rentrent, quant à la preuve, dans les exceptions prévues par les articles 1347 et 1348 (1).

A l'appui de l'opinion contraire, on invoque le texte même de l'article 1346. Il exige, dit-on, qu'on forme par un même exploit toutes les demandes qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit. Or, comme un simple commencement de preuve écrite ne justifie pas entièrement la demande, puisqu'il ne fait pas une preuve complète, ses dispositions sont également applicables à ce cas, et, par suite, aux diverses hypothèses prévues par l'article 1348. Une semblable interprétation nous paraît outrée. En effet, à s'en tenir au texte même de l'article 1346, on voit qu'il contient lui-même la définition de ce qu'il entend par une demande non entièrement justifiée par écrit. C'est celle dont il n'y a point de preuves par écrit, suivant ses propres expressions; ou, suivant celles de l'article 1345, dont il n'y a point de titre par écrit. Or, ne peut-on pas dire également de ce dernier article qu'il exclut les exceptions prévues par les articles 1347 et 1348, puisqu'il exige un titre par écrit, c'est-à-

(1) Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, pag. 521. — *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 327. — Delvincourt, t. 2, pag. 834. — Bonnier, n° 105. — Annotateurs de Zachariæ, t. 5, pag. 714, contrairement à l'opinion de Zachariæ. — Marcadé, art. 1346, n° 1.

dire une preuve littérale complète? Nous avons vu, cependant, qu'il fallait en écarter l'application dans ces cas exceptionnels. Si ce point est incontestable, il nous semble qu'on ne peut donner un sens différent au texte de l'article 1346.

Nous ajoutons que les articles 1347 et 1348 énoncent en termes généraux et sans distinction, des exceptions aux règles ci-dessus. On est ainsi amené, dans l'opinion que nous combattons, à prétendre qu'il y a exception aux règles ci-dessus, moins l'article 1346. N'est-ce pas, nous le demandons, faire violence au texte de la loi (1)?

20. Toujours en considérant ses dispositions comme absolument indépendantes, et même comme exceptionnelles, on a prétendu qu'elles s'appliquent même aux droits qui, procédant de diverses personnes, se trouvent réunis dans les mains du demandeur, au moment où il a formé sa demande, et que la partie est tenue de former toutes ses demandes par le même exploit, sous peine de voir ensuite les autres rejetées (2).

Nous pensons, au contraire, que l'exception portée en l'article 1345 domine virtuellement l'article 1346, à cause de la corrélation que nous avons déjà établie entre leurs dispositions.

Quant à ces expressions de l'article 1346, à quelque titre que ce soit, elles ne nous semblent pas avoir le sens exagéré qu'on leur attribue. Elles ne signifient pas que toutes les demandes doivent être formées par le même exploit, alors même que les droits procèdent de personnes différentes, mais seulement encore que la partie allègue que les créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps. Cette interprétation nous paraît de beaucoup préférable, parce qu'elle a le double avantage d'établir une plus parfaite unité dans les dispositions de la loi, et de donner une satisfaction plus complète aux principes d'équité.

(1) *Contrà*, MARCADÉ, art. 1347, n° 6.
(2) DURANTON, BONNIER, Annotateurs de Zachariæ, *ibid.*

21. On s'est encore demandé si les articles 1345 et 1346 s'appliquaient aux droits et aux obligations non exigibles ou non échus, parce qu'il existe une condition ou un terme. Les auteurs (1) se sont en général prononcés pour la négative. Quant à nous, nous n'hésitons pas à nous décider dans un sens contraire.

L'unique raison sur laquelle se fondent nos adversaires consiste en ceci : Le demandeur peut agir pour ses créances exigibles et échues, sans être forcé d'attendre l'exigibilité ou l'échéance des autres ; et, quant à ces dernières, il ne peut les comprendre dans sa demande, puisqu'il n'a pas encore d'action ouverte. Ce raisonnement, séduisant au premier abord par sa simplicité même, n'est que spécieux.

Il faut bien le redire : Pourquoi le législateur exige-t-il, d'une part, que toutes les demandes non justifiées par écrit soient formées en même temps, et, d'autre part, que la preuve testimoniale soit rejetée, si, jointes ensemble, elles excèdent la somme de cent cinquante francs? C'est que le créancier, pouvant se procurer une preuve écrite, est tenu de le faire, aussitôt que, par la consommation d'un nouvel acte, il devient créancier de choses qui, réunies ensemble, dépassent cette somme. Or, cette obligation de prendre une preuve littérale est la même pour les créances non encore exigibles que pour celles qui sont échues ; et, si on ne retire pas une preuve de cette espèce, on contrevient, pour les unes comme pour les autres, aux prescriptions de la loi. N'est-il pas évident que l'exigibilité prétendue d'une ou de plusieurs créances, pourra servir de prétexte au demandeur pour se soustraire aux prohibitions du Code, et que, s'il lui suffit d'alléguer, pour expliquer la disjonction de ses demandes, que telle ou telle créance n'était pas encore échue lorsqu'il a introduit sa première action, il sera fait constamment dans la pratique des fraudes à la loi? Aussi

(1) Duranton, t. 13, n° 327. — Toullier, t. 9, n° 50. — Bonnier, n° 105. — Favard, Rép., v° *Preuve*, § 1, n° 14. — Marcadé, art. 1346, n° 3. — Boncenne, t. 4, pag. 165.

est-il indifférent, lorsque toutes les demandes sont formées simultanément, que les créances sur lesquelles elles se fondent soient devenues exigibles le même jour ou à des époques différentes. Si cette diversité dans l'exigibilité des créances n'est d'aucune considération, il doit en être pareillement de l'inexigibilité elle-même, puisque, autrement, il suffirait au créancier de hâter le moment de ses premières poursuites, pour échapper à l'exclusion de la preuve testimoniale.

Mais quand nous disons que les articles 1345 et 1346 s'appliquent, sans distinction, aux droits et créances exigibles ou non exigibles, nous entendons, néanmoins, concilier l'application de ces articles avec l'observation des principes concernant les obligations dues à terme ou sous condition.

Ainsi, le demandeur ne sera pas forcé d'attendre l'exigibilité des autres créances pour agir en payement des créances échues; il ne pourra pas non plus agir pour ce qui n'est pas exigible avant l'échéance du terme ou l'événement de la condition. Mais il devra, en formant sa demande pour les créances échues, indiquer celles qu'il se réserve de réclamer après leur échéance ou exigibilité. Le juge devra, dès lors, réunir les créances réservées à celles actuellement demandées, comme si elles avaient été formées dans la même instance, afin d'examiner, d'après leur montant réuni, si elles excèdent ou non la somme de cent cinquante francs, et si, en conséquence, la preuve testimoniale est ou non inadmissible (1). Que si le demandeur ne fait pas cette réunion fictive de ses diverses créances, ses autres demandes qui seront ultérieurement faites, sans preuve par écrit, devront être rejetées. Ainsi se concilie l'application de l'article 1346 avec les principes relatifs aux obligations à terme ou sous condition.

22. Nous avons vu plus haut (2) que l'article 1345 est applicable même au cas où les demandes sont de nature à être portées devant des tribunaux différents. L'article 1346 devra donc

(1) Annotateurs de Zachariæ, t. 5, pag. 715 et 716.
(2) *Suprà*, n° 10.

également recevoir son application dans cette hypothèse. Le demandeur sera, en conséquence, tenu de réunir fictivement toutes ses demandes devant chacune des juridictions qui peuvent en être saisies, afin de mettre le juge à même de vérifier l'admissibilité de la preuve testimoniale. Faute par lui de le faire, ses autres demandes devront être plus tard rejetées, quelque soit le tribunal devant lequel elles auront été portées. Les développements dans lesquels nous sommes déjà entré nous dispensent d'insister.

23. Les articles 1345 et 1346 sont, au surplus, inapplicables aux droits et créances provenant de causes postérieures à la première action du demandeur. On ne saurait lui faire encourir aucune sorte de déchéance, puisqu'il ne lui a pas été possible de les comprendre dans sa première demande. Quelque intérêt qu'il ait eu à se procurer une preuve écrite contre un adversaire qui l'a mis dans la nécessité de le poursuivre en justice, cette raison de fait ne suffit point en droit pour faire rejeter sa demande, comme n'étant susceptible de justification qu'au moyen de la preuve testimoniale. La question doit donc être décidée, abstraction faite des premières demandes (1).

Mais si, contrairement aux allégations du demandeur, l'enquête ordonnée venait à établir que les droits et créances qui font le sujet de la dernière demande n'ont pas de causes postérieures à l'exercice de la première réclamation, les juges devraient, sans avoir autrement égard aux déclarations des témoins, rejeter purement et simplement la demande, si, réunie aux chefs de la première action, elle dépasse la somme de cent cinquante francs.

ARTICLE 1347.

Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. — On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre le-

(1) DURANTON, T. 13, n° 327.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 716.—MARCADÉ, art. 1346, n° 2. — *Contrà*, DELVINCOURT, T. 2, pag. 831.

quel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

Sommaire.

1. Les prohibitions de la preuve testimoniale sont d'ordre public.
2. Suite, conséquences. Vainement le défendeur consent à la preuve testimoniale,
3. A moins que les termes de son consentement ne forment un commencement de preuve.
4. Exception de l'article 1347.
5. Définition du commencement de preuve par écrit.
6. De qui doit émaner l'écrit?
7. Suite.
8. De l'écrit émané de tiers et autres qui ne représentent pas la personne,
9. Ou même de l'une des parties en cause, à l'égard des autres.
10. *Quid*, lorsqu'il s'agit d'habiliter un incapable?
11. En un mot, l'écrit doit être personnel. Exception des articles 1335 et 1336.
12. Peu importe que celui de qui il émane l'ait rédigé pour son compte ou pour celui d'un tiers.
13. Conditions matérielles constituant un écrit, à l'égard de celui à qui on l'oppose.
14. Suite. Ecriture. Signature.
15. Paraphe. Chiffres.
16. Peu importe le but ou la nature de l'écrit.
17. Des écrits publics.
18. Suite.
19. Suite. *Quid*, s'il n'est signé que de quelques-unes des parties?
20. Suite, en cas d'obligation conjointe ou solidaire.
21. Ecrits ayant un caractère judiciaire.
22. Peu importe que ces écrits soient signés ou non,
23. Qu'ils soient intervenus dans une autre instance entre d'autres parties.
24. *Quid*, du titre prescrit?
25. L'article 1347 ne déroge pas à la façon dont les écrits privés ou publics font foi.
26. Des écrits judiciaires périmés.
27. De la vraisemblance. Son appréciation gît en fait.
28. En quoi elle consiste.
29. Distinction entre les écrits sous le rapport de la vraisemblance.
30. Exemples divers.
31. Autres exemples.

32. Refus de répondre. Explications évasives, obscures, contradictoires.
33. L'écriture est de l'essence de certains actes. Pour d'autres, elle n'est qu'une condition de la preuve. Exceptions à l'article 1347. Principe général.
34. Louage. L'article 1715 ne s'applique qu'aux baux de maisons et de biens ruraux.
35. La preuve testimoniale est rejetée pour ces baux. Fixation du prix.
36. De la durée et autres conditions du bail. Distinction.
37. De l'exécution alléguée du bail, mais contestée. Action subsidiaire.
38. Peu importe qu'il existe un commencement de preuve par écrit.
39. Le défendeur ne peut être interrogé sur faits et articles.
40. Sociétés commerciales.
41. Transaction et compromis. Questions diverses.
42. Nantissement civil.
43. Intérêt conventionnel. Stipulation. Taux.

COMMENTAIRE.

1. Avant de passer aux exceptions énoncées dans les articles 1347 et 1348, nous devons examiner une question qui les domine toutes. C'est celle de savoir si les prohibitions de la loi, concernant la preuve testimoniale, sont d'ordre public, en sorte que les juges ne puissent l'admettre quoique la partie contre laquelle elle est proposée y consente formellement.

Ce point, on l'a déjà prévu, est controversé aujourd'hui comme sous nos anciennes ordonnances. Les autorités semblent se balancer de part et d'autre. Mais l'opinion qui nous paraît la plus fondée, est que les prohibitions de la loi en cette matière sont d'ordre public; que le juge doit d'office rejeter la preuve testimoniale invoquée, soit que la partie adverse garde le silence, ou que même elle consente expressément à son admission (1).

(1) JOUSSE, RODIER, BORNIER, sur l'Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 2. — DANTY, sur Boiceau, ch. 1, addit., nos 7 et suiv. — TOULLIER, T. 9, nos 36 et suiv. — MERLIN, Rép., vo *Preuve*, sect. 2, § 3, nos 28 et suiv. — BONCENNE, T. 4, pag. 223 et suiv. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 695. — MARCADÉ, art. 1348, no 8. — *Contrà*, DUPARC-POULLAIN, *Principes du droit*, T. 9, nos 40 et 41. — FAVARD, Rép., vo *Enquête*, sect. 1, § 1, no 3. — THOMINE-DESMAZURES, *Procédure civile*, T. 1, no 295. — CARRÉ, *Procédure, Quest.* 976. — BONNIER, no 115. — DURANTON, T. 13, nos 328 et 329. — Bourges, 16 déc. 1826. SIREY, 27, 2, 120. — Rennes, 25 fév. 1841. SIREY, 41, 2, 427.

Si l'on consulte, en effet, les motifs sur lesquels la loi est fondée, on reconnaîtra sans peine que la preuve testimoniale a été déclarée inadmissible par des considérations d'ordre public et d'utilité générale. Bien que ces raisons, lorsqu'on les applique à chaque cause, affectent un caractère particulier, néanmoins, elles ne touchent pas à un intérêt seulement privé, et ne laissent pas de concerner les intérêts les plus élevés de la société, tels que ceux de la vérité, de la justice, de la morale publique et de la paix des familles.

Aussi, lorsqu'elle prohibe la preuve testimoniale, la loi ne se borne-t-elle pas à dire que la partie contre laquelle elle est invoquée pourra s'opposer à son admission. C'est au juge lui-même qu'elle s'adresse. L'ordonnance de Moulins dit : sans recevoir aucune preuve par témoins; l'ordonnance de 1667 : ne sera reçu aucune preuve par témoins; l'article 1341 : il n'est reçu aucune preuve par témoins. Enfin, le Code de procédure veut que les faits articulés soient admissibles. Cette injonction, adressée au juge personnellement, de ne pas recevoir la preuve testimoniale dans les cas où ce genre de preuve est prohibé, est donc indépendante de tout consentement et adhésion donnés par la partie adverse. Le demandeur et le défendeur ne peuvent, au moyen d'un accord privé, obliger le juge de se mettre au-dessus des prohibitions de la loi, dont il est chargé, au contraire, d'assurer, dans un intérêt public, l'entière et complète exécution.

Nous devons même signaler, sur ce point, une inconséquence de quelques-uns des auteurs dont nous combattons l'opinion. La partie contre laquelle la preuve testimoniale est invoquée garde-t-elle le silence, se borne-t-elle à ne point s'opposer expressément à son admission? Ils reconnaissent que c'est un droit et même un devoir du juge de rejeter d'office la preuve offerte. Mais si elle déclare consentir à ce qu'elle soit admise, le juge a, suivant eux, la faculté, en donnant acte de ce consentement, d'ordonner une enquête, et, sans doute aussi, de se décider, d'ores et déjà, sur de simples présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes. Cette distinc-

tion nous paraît ne reposer sur aucune espèce de fondement. Elle ramène, malgré eux, ceux qui la proposent à reconnaître que les prohibitions de la loi, concernant la preuve testimoniale, sont d'ordre public. Car, comment le juge pourrait-il rejeter d'office la preuve par témoins, quand le défendeur ne s'y oppose pas, et suppléer ainsi une exception qui n'est pas proposée, si la matière n'appartient à l'ordre public? Il faut donc écarter toute distinction, et reconnaître, sous peine d'inconséquence, que le juge doit rejeter d'office la preuve testimoniale, dans les cas où la loi la déclare inadmissible, soit que la partie ne s'oppose pas ou qu'elle consente formellement à son admission; ou bien, au contraire, qu'il a la faculté de l'admettre dans l'une et l'autre de ces hypothèses.

Peut-être pourrait-on soutenir que le consentement donné par le défendeur à l'admission de la preuve testimoniale, hors des cas prévus par la loi, forme un contrat judiciaire, par lequel les parties, d'ailleurs capables de contracter, s'en remettent volontairement au jugement des témoins, et prennent les juges pour arbitres, amiables compositeurs, en les dispensant des formes de droit. Quand bien même il serait accordé que telle a été la pensée commune des parties, la solution de notre question n'en serait pas pour cela plus avancée. Car il resterait toujours à démontrer comment les juges eux-mêmes sont liés par ce prétendu contrat judiciaire. Que les parties capables de transiger et de compromettre remettent la décision de leur contestation à des arbitres auxquels elles confèrent, à cet effet, les pouvoirs les plus étendus; que ces arbitres, amiables compositeurs, dispensés des formes de droit, admettent la preuve testimoniale, dans des cas où ce genre de preuve ne serait pas admissible, suivant la rigueur du droit, on le comprend sans peine. Car telles sont les conséquences du compromis qui lie les parties entre elles et fonde les pouvoirs des arbitres. Mais la condition des juges ordinaires est essentiellement différente. Leur juridiction est imposée et non volontaire; elle émane de la loi, et non d'un contrat privé; leurs pouvoirs ont une indépendance absolue, sans aucun caractère

de précarité, et, dans la haute sphère où les place leur origine, ils ne sauraient être atteints ni gênés par les conventions particulières des plaideurs. Revient donc constamment la question de savoir si les prohibitions de la loi, concernant la preuve testimoniale, sont ou non d'ordre public. Or, l'inexactitude même de cette assimilation que l'on prétendrait vainement établir entre les juges ordinaires et les arbitres, vient confirmer la solution à laquelle nous avons cru devoir nous arrêter.

2. Du principe que les dispositions qui prohibent la preuve testimoniale sont d'ordre public, il suit, d'abord quant au juge, qu'il doit la rejeter d'office, soit que la partie ne s'oppose pas ou qu'elle consente expressément à son admission ; qu'il doit même, s'il l'a ordonnée, n'avoir aucun égard aux enquêtes, lors du jugement définitif, du moment qu'il reconnaît qu'elles ont eu lieu illégalement ;

Quant à la partie, qu'elle est encore en droit de faire appel ou de se pourvoir en cassation du jugement interlocutoire ; qu'elle peut enfin appeler du jugement définitif, rendu en conséquence du jugement interlocutoire, et se prévaloir alors de la maxime que l'interlocutoire ne lie pas le juge. Dans ce cas, bien différent de celui où la preuve par témoins n'est pas prohibée en soi, il ne saurait résulter aucune fin de non recevoir contre une loi d'ordre public, ni du fait du juge, ni de la renonciation anticipée de la partie.

On comprend sans peine que les auteurs qui donnent un autre caractère à la prohibition de la preuve testimoniale, repoussent ces diverses conséquences. Mais il paraîtra sans doute étrange que, parmi ceux qui la considèrent comme d'ordre public, il y en ait qui ne les admettent point complètement. Ainsi, sous l'ordonnance de 1667, Jousse pensait que si la partie qui a intérêt d'empêcher la preuve, avait consenti, en termes exprès, à cette preuve par témoins, quoiqu'au-dessus de cent livres (aujourd'hui cent cinquante francs), cette partie ne serait plus ensuite recevable à interjeter appel. N'est-ce pas une inconséquence dans l'opinion de cet estimable commentateur. Car il est difficile d'admettre comment un consentement formel

qui ne lie point le juge obligerait cependant la partie. Nous disons donc que le caractère des prohibitions de la loi, en cette matière, doit être tout un ou tout autre, d'ordre public ou seulement d'intérêt privé; et que l'un ou l'autre de ces principes étant admis, il faut avoir, si ce mot est possible, le courage de ses conséquences.

Que l'on veuille bien remarquer que nous n'autorisons l'appel ou le pourvoi que dans le cas où la preuve testimoniale est en soi prohibée. Ni l'appel ni le pourvoi ne seraient recevables de la part de la partie qui aurait acquiescé au jugement interlocutoire, en l'exécutant sans protestations ni réserves, alors que ce jugement a été rendu sur les explications fournies par les parties, explications qu'il a considérées comme établissant un commencement de preuve écrite. C'est qu'alors l'exécution volontaire, jointe aux motifs mêmes de l'interlocutoire qu'elle vient confirmer, ne lui permet pas de soutenir que l'enquête a été illégalement ordonnée (1).

Du reste, quelque soit le mal jugé, comme après tout le jugement une fois rendu ne statue que sur des intérêts privés, il est, comme tout autre, susceptible d'acquiescement exprès ou tacite.

3. Nous terminerons, sur ce point, par une dernière observation. Quelquefois, les termes dans lesquels le défendeur déclarera consentir à l'admission de la preuve testimoniale, surtout lorsque ce consentement aura été donné après explications fournies à l'audience, pourront fournir un commencement de preuve écrite qui rende vraisemblable le fait allégué. Telle paraît être l'hypothèse dans laquelle la Cour de Bordeaux a rendu un arrêt le 16 janvier 1846 (2). Mais alors remarquons de nouveau que la preuve testimoniale a été régulièrement admise, non pas en conséquence du consentement donné par le défendeur, mais en vertu d'un commencement de preuve par écrit.

(1) Cass., 21 mars 1843. Sirey, 43, 1, 403.
(2) Sirey, 46, 2, 209.

4. Nous sommes ainsi amené à traiter de la première exception consacrée par l'article 1347. Les règles ci-dessus, dit-il, reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit; c'est-à-dire que les prohibitions de recevoir la preuve testimoniale, édictées par les articles 1341 et suivants, y compris même l'article 1346, cessent lorsqu'il existe un commencement de preuve écrite, soit qu'il s'agisse d'établir par témoins l'existence d'un fait juridique dont l'intérêt est supérieur à la somme de cent cinquante francs, ou qu'il s'agisse d'administrer une preuve du même genre contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis ces actes, quelle que soit la somme ou valeur que le débat mette en question.

A ce premier point de vue, l'exception est aussi générale que la règle elle-même. Nous verrons, cependant, qu'il existe certains actes particuliers qui doivent essentiellement être prouvés par écrit, sans que, en aucun cas, la preuve testimoniale de leur existence puisse être admise, même avec le concours et l'appui d'un commencement de preuve écrite.

Cette exception de l'article 1347 est aussi ancienne que la prohibition, et, si l'ordonnance de Moulins ne l'avait point expressément admise, néanmoins, elle avait passé comme principe incontestable dans la jurisprudence et dans la doctrine. Aussi, l'ordonnance de 1667, titre 20, article 3, l'a-t-elle formellement consacrée.

5. Notre article est allé plus loin : il donne la définition de ce qu'on doit entendre par commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi, dit-il, tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Cette manière de définir est elle-même une véritable disposition, car elle indique les conditions essentielles de tout commencement de preuve par écrit. Le silence de nos anciennes ordonnances sur ce point avait autorisé un très grand relâchement de la part de la doctrine et de la jurisprudence. De pareils abus d'interprétation ne sont plus possibles maintenant.

Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, on conçoit que la preuve testimoniale cesse de présenter les mêmes dangers d'erreur, d'incertitude, de mensonge et de mauvaise foi. Elle n'est plus alors invoquée que comme complément de présomptions qui existent déjà, et à l'appui de la vraisemblance qui approche de la vérité même. On peut même dire que souvent le concours de la preuve testimoniale et de la preuve écrite, qui se complètent en même temps qu'elles se contrôlent, offre au juge plus de garanties de vérité et de justice qu'un seul titre écrit qui, par lui-même, ferait preuve entière.

Il existe sur cette matière une très nombreuse jurisprudence. Notre devoir est surtout d'y rechercher les principes généraux, plutôt que de citer des arrêts qui se rencontrent presque à chaque page dans les différents recueils. Les décisions judiciaires ont, d'ailleurs, ici une importance d'autant moins considérable, qu'il se mêle toujours au point de droit une question de fait et de circonstances.

Il résulte, en effet, de la définition même du commencement de preuve par écrit, qu'il n'existe que moyennant le concours d'une double condition. Il faut 1° qu'il existe un écrit; 2° que cet écrit rende vraisemblable le fait allégué.

6. Mais cet écrit lui-même doit remplir certaines conditions spéciales, indépendamment des présomptions plus ou moins graves qu'il peut fournir sur l'existence du fait qu'il s'agit de prouver. Il doit émaner de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente (1347), ou bien enfin, par identité de raisons, de celui par lequel il a été représenté.

Ainsi, l'écrit émané d'un tiers ne saurait valoir comme commencement de preuve écrite. Il ne constitue, en effet, qu'une déclaration de témoin, et ne vaut que comme preuve testimoniale. L'article 1347 a fait cesser sur ce point le doute qui avait pu exister sous l'empire de nos anciennes ordonnances, qui ne définissaient point le commencement de preuve par écrit.

A plus forte raison, les écrits émanés de ceux qui les opposent ne peuvent-ils faire en leur faveur un commencement de preuve écrite. Il n'y a même pas à faire aujourd'hui, ainsi que nous l'avons établi sous l'article 1329 (1), de distinction à l'égard des livres et registres des commerçants, bien qu'ils autorisent le juge à déférer au commerçant qui les produit le serment supplétif, et quelle qu'ait été sous nos anciennes ordonnances l'opinion contraire des auteurs (2).

Aujourd'hui, d'après l'article 1330, les livres des marchands font preuve contre eux et, à plus forte raison, un commencement de preuve par écrit. Ils rentrent ainsi dans la règle générale.

7. Un écrit est censé émané de la personne à laquelle on l'oppose, lorsqu'il émane de son auteur ou de son mandataire (3).

Les écrits émanés d'une personne peuvent donc être opposés à ses héritiers, successeurs et ayants-cause, comme formant à leur égard un commencement de preuve par écrit. Tels sont les écrits émanés du vendeur à l'égard de son acquéreur; du donateur à l'égard du donataire; du débiteur à l'égard de ses créanciers, qui exercent ses droits et actions conformément à l'article 1166; enfin, de tout mandataire ou administrateur à l'égard du mandant ou administré, en ce qui concerne les actes qui rentraient dans les pouvoirs de son mandat ou de son administration.

Par application de ce principe, on doit reconnaître que les écrits émanés du tuteur ou du mari forment un commencement de preuve par écrit à l'égard du pupille ou de la femme;

Qu'il en est de même des livres et registres d'un banquier

(1) N° 16.

(2) Dumoulin, *Comment. in Cod.*, liv. 4, tit. 1. — Danty, sur Boiceau, p. 2, ch. 8. — Jousse, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 3. — Pothier, *Oblig.*, n° 772.

(3) Toullier, t. 9, n° 67. — Zachariæ, t. 5, pag. 735. — Riom, 10 juin 1817. Sirey, 18, 2, 135.

ou d'un notaire, qui a agi en qualité de mandataire, à l'égard du mandant (1);

Et, du moins jusqu'à désaveu, des déclarations contenues dans une requête signifiée par acte d'avoué à avoué, quoiqu'elle n'ait pas été signée de la partie au nom de laquelle elle a été signifiée et à qui on l'oppose (2);

De même enfin des énonciations concernant l'existence d'un acte, et insérées dans les qualités d'un jugement (3).

8. Mais lorsque la personne à qui on oppose l'écrit ne représente à aucun titre celle de qui cet écrit émane, et qu'elle n'a pas été non plus représentée par elle, on ne saurait y voir un commencement de preuve écrite qui lui soit légalement opposable. Il importe même peu qu'elle ait eu un intérêt quelconque à participer à la consommation de l'acte dont l'écrit invoqué rend l'existence vraisemblable, à l'égard de ceux qui sont prétendus l'avoir accompli.

Tels sont les écrits émanés du simple *negotiorum gestor*, si le maître ou propriétaire n'a donné aux actes de sa gestion aucune ratification expresse ni tacite;

Ceux émanés du mari, à l'égard de sa femme séparée de biens, pour laquelle il agit sans mandat et simplement comme *negotiorum gestor* (4);

De la veuve qui reconnaît une dette de la communauté, à l'égard des héritiers de son mari (5);

D'un copropriétaire ou cohéritier indivis, à l'égard de son consort qui n'a donné ni mandat ni ratification (6).

(1) Toulouse, 25 nov. 1831. Sirey, 34, 2, 524. — Cass., 10 août 1840. Sirey, 40, 1, 875.

(2) Toullier, t. 9, nº 126. — Zachariæ, t. 5, pag. 735. — Bordeaux, 18 janv. 1839. Sirey, 39, 2, 261. — Paris, 14 juin 1843. Sirey, 43, 2, 336.

(3) Cass., 7 juill. 1840. Sirey, 40, 1, 777.

(4) Cass., 8 déc. 1834. Sirey, 35, 1, 444.

(5) Pothier, *Oblig.*, nº 773. — Duranton, t. 13, nº 351.

(6) Zachariæ, t. 5, pag. 735. — Cass., 30 déc. 1839. Sirey, 40, 1, 139.

9. L'écrit doit tellement avoir un caractère personnel à celui à qui on l'oppose, qu'il n'est pas permis de puiser un commencement de preuve par écrit, envers les autres parties qui figurent dans la contestation, dans l'interrogatoire subi en justice par une autre partie en cause, et dans ses réponses consignées par écrit, quelque vraisemblance qu'ils donnent, d'ailleurs, au fait allégué (1).

Et, de là, nous concluons que les juges ne peuvent ordonner la mise en cause ou la comparution personnelle à l'audience de tiers qui ne figurent point dans le procès, et ne peuvent être entendus qu'à titre de témoins. Une semblable mesure est d'abord inutile, puisque les déclarations de ces tiers étrangers ne peuvent fournir aucun commencement de preuve par écrit envers les parties véritables au procès. Elle est ensuite illégale, puisque ce serait un moyen facile d'éluder la loi, qui prohibe la preuve testimoniale ou entoure son administration de précautions et de garanties particulières. Nous ajoutons même que, s'agissant d'une matière qui touche à l'ordre public, les parties y donneraient en vain leur consentement d'une manière formelle et positive (2).

10. Lorsqu'il s'agit de l'accomplissement de conditions et de formalités particulières, exigées pour habiliter un incapable, tel qu'un mineur, une femme mariée, l'écrit duquel on prétend induire un commencement de preuve, touchant l'accomplissement de ces conditions et formalités, doit émaner de la personne dont l'autorisation et le concours étaient nécessaires. Les écrits émanés de l'incapable seul seraient insuffisants. Outre que son incapacité personnelle infirme ses déclarations, il n'y a aucun lien de connexité entre l'existence prouvée de son engagement et l'accomplissement des conditions et formalités moyennant lesquelles seules il a pu valablement s'engager.

11. Telle est donc la première condition exigée pour qu'un

(1) Zachariæ, *ibid.* — Paris, 29 nov. 1836. Sirey, 37, 2, 34.
(2) Bordeaux, 24 janv. 1849. Sirey, 49, 2, 437. — *Contrà*, Caen, 27 mars 1847. Sirey, 48, 2, 191.

écrit puisse valoir comme commencement de preuve écrite. Il doit être personnel à celui à qui on l'oppose, soit qu'il émane de lui personnellement ; ou de ceux qu'il représente comme héritier, successeur ou ayant-cause ; ou de ceux qui l'ont représenté, comme mandataires ou administrateur. Si ce caractère de personnalité vient à manquer, il n'y a plus qu'un écrit émané d'un tiers ; et, comme il n'a d'autre valeur qu'un simple témoignage, il ne peut être opposé à la partie pas plus que la preuve testimoniale.

Que si, en dehors des termes précis de l'article 1347, les articles 1335 et 1336 disposent que, dans certains cas, les copies et transcriptions d'actes publics peuvent servir de commencement de preuve par écrit, ce n'est là qu'une exception qui confirme la règle, et qui, à ce titre, ne doit, sous aucun prétexte d'analogie, être étendue à des cas différents. Il convient donc de revenir constamment à la règle générale posée par l'article 1347, qui seul contient, en principe absolu, la définition du commencement de preuve par écrit.

C'est en se plaçant à un point de vue opposé et en prenant l'exception pour la règle, que M. Toullier (1) est arrivé à prétendre qu'il y avait certains actes, autres que ceux formellement prévus par les articles 1335 et 1336, capables néanmoins de produire un commencement de preuve par écrit, quoiqu'ils n'émanent point de la partie à laquelle on les oppose. Une pareille conséquence est en opposition trop directe avec le texte de l'article 1347 pour qu'il soit nécessaire d'insister sur la réfutation de ce système.

12. On a prétendu que l'écrit, pour être personnel à celui contre lequel on l'invoque, devait contenir des dispositions ou déclarations qui lui fussent propres, ou qu'il se fût du moins appropriées ; que, conséquemment, on ne pouvait les opposer comme contenant un commencement de preuve par écrit à la personne qui n'avait fait que rédiger l'acte pour le compte des

(1) T. 9, nos 68 et suiv.

parties contractantes, par exemple, à un notaire (1).

Mais cette opinion nous paraît en contradiction avec la généralité des termes de l'article 1347. Rien n'oblige d'ailleurs un notaire, pas plus qu'un simple particulier, de rédiger un acte contenant des énonciations ou dispositions qui supposent, à son préjudice, l'existence d'une obligation ou l'extinction d'un droit. Comme la rédaction en est parfaitement volontaire de leur part, l'écrit est réellement émané d'eux; et il ne reste plus qu'à apprécier le degré de vraisemblance qui en résulte, touchant l'existence du fait allégué (2).

13. Mais cette première condition de la personnalité de l'écrit en présuppose elle-même une autre qui est essentiellement fondamentale. Elle touche à l'écriture même, à son existence comme œuvre personnelle de celui à qui on l'oppose. On ne peut dire, en effet, qu'un écrit émane d'une personne, de son auteur ou représentant, si, comme corps d'écriture ou de signature, il n'est l'ouvrage propre de celui auquel on l'oppose, ou de celui qu'il représente ou par lequel il a été représenté. Cette condition est donc en quelque sorte matérielle, en tant du moins qu'il s'agit d'écrit privé et de son existence comme pièce écrite.

Ainsi, l'écrit qui n'est ni écrit ni signé par celui contre lequel on s'en prévaut, n'établit contre lui aucun commencement de preuve écrite, alors même qu'il est allégué qu'il y a apposé, en forme de signature, sa marque ou sa croix (3).

De même, une simple note trouvée dans les papiers du créancier, mais non écrite ni signée par lui, ne fait pas preuve du payement qu'elle énonce, et ne vaut même pas comme commencement de preuve par écrit de la libération du débiteur (4).

Réciproquement, le créancier ne peut se prévaloir de quit-

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 729. — Bordeaux, 14 fév. 1832. SIREY, 32, 2, 292.

(2) Cass., 4 avril 1838. SIREY, 38, 1, 732.

(3) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 644, 730.

(4) Cass., 9 nov. 1842. SIREY, 43, 1, 704. — Voy. encore 1331, n° 9.

tances trouvées parmi les papiers du débiteur, pour prétendre que la prescription de sa créance a été interrompue par les payements effectués, comme contenant reconnaissance de la part de l'obligé. Il ne résulte point, en effet, de ce que ces quittances ont été trouvées parmi les papiers du débiteur, que ce dernier ait entendu reconnaître comme sincères et exactes les énonciations de payement qu'elles contiennent, s'il n'existe d'ailleurs aucune annotation ou autre écrit quelconque émané de lui, qui témoigne de sa volonté de se les approprier (1); ou bien à moins qu'il ne les ait produites en justice, et ne les ait invoquées lui-même, reconnaissant ainsi la sincérité des payements qu'elles énoncent (2).

14. Mais il suffit de la signature, quoique le corps d'écriture soit de la main d'un tiers; ou du corps d'écriture, quoiqu'il ne soit pas signé, pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit contre celui de qui émane la signature ou l'écriture (3).

Ainsi, le corps d'écriture émané du tiers que l'on prétend avoir abusé d'un blanc-seing, peut établir un commencement de preuve par écrit de cet abus de blanc-seing. Il en existe, dans la différence et la disposition des écriture et signature, une sorte d'indice matériel (4).

La Cour de Paris (5) est même allée plus loin. Elle a décidé que l'on pouvait voir un commencement de preuve par écrit dans le cas où la partie, ayant apposé son paraphe au bas d'une première page, et commencé sa signature au bas de l'acte, n'avait pu en tracer que la première lettre, à cause de la mort qui l'avait subitement frappée. Cette décision est sans

(1) ZACHARIÆ, t. 5, pag. 730. — *Contrà*, TOULLIER, t. 9, n° 99.

(2) DANTY, sur Boiceau, ch. 14, n° 17. — TOULLIER, t. 9, n° 98.

(3) POTHIER, *Oblig.*, n° 771. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 731. — TOULLIER, t. 9, n°s 128 et suiv. — DURANTON, t. 13, n° 350. — Cass., 3 déc. 1818. SIREY, 19, 1, 160.

(4) Riom, 30 mars 1844. SIREY, 44, 2, 321.

(5) 27 mars 1841. SIREY, 42, 2, 10.

doute parfaitement fondée. Mais si, en droit, elle est incontestable, il n'en est pas moins vrai, en fait, qu'il y aurait un péril extrême à ne pas tenir compte, dans des cas aussi extraordinaires, des circonstances particulières de chaque cause. Ce n'est plus, dès lors, qu'une question de vraisemblance qui laisse intact le point de droit.

15. Mais le paraphe seul, sans aucun des caractères ordinaires de l'alphabet, ne constitue point un écrit capable d'établir un commencement de preuve littérale.

N'ont pas plus de valeur les chiffres et opérations de calculs, sans mélange d'aucune écriture qui en détermine le sens et en indique l'intention. Ce n'est pas seulement à cause du degré insuffisant de vraisemblance qu'un simple paraphe ou des chiffres sont habituellement appelés à produire; mais c'est aussi surtout parce que, en droit, ils ne peuvent être considérés comme formant un écrit, dans le sens où la loi, d'accord avec le langage ordinaire, emploie cette expression.

16. Peu importe, au surplus, le but dans lequel l'écrit ait été rédigé. Il est indifférent qu'il l'ait été en vue précisément de constater le fait allégué, ou tout autre fait qui ne forme le sujet d'aucune contestation. Il n'y a pas non plus à distinguer entre ce qui n'est mentionné qu'en termes énonciatifs et ce qui est constaté comme convention ou disposition formelle. Peu importe même que les simples énonciations aient un rapport direct avec la disposition, ou qu'elles lui soient étrangères. Si, dans le premier cas, elles font foi, dans le second elles peuvent, néanmoins, servir de commencement de preuve (1320).

Il n'y a enfin aucune distinction à faire entre la nature et l'espèce des écrits privés. Les registres et papiers domestiques; les livres de commerce; les lettres missives de nature à être représentées en justice; les écritures mises au dos, à la suite ou en marge d'un titre (1); les simples notes écrites sur feuilles volantes; les actes instrumentaires insuffisants pour

(1) Cass., 7 déc. 1836. Dalloz, 37, 1, 83.

produire une preuve complète, peuvent, tout aussi bien que les énonciations contenues dans des actes plus réguliers, constituer un commencement de preuve par écrit contre celui de qui ils émanent.

Un testament olographe, nul à ce titre, a pu, conséquemment, être très légalement considéré comme produisant un commencement de preuve d'un dépôt fait entre les mains du testateur (1).

17. Mais les écrits privés ne sont pas les seuls qui fournissent un commencement de preuve littérale. Il peut également résulter des actes authentiques un commencement de preuve de cette nature. Pris au pied de la lettre, le mot, émané, semblerait signifier que l'article 1347 exige que l'écrit soit de la main même, *e manu*, de celui auquel on l'oppose. Mais cette expression ne doit pas être prise dans une acception aussi rigoureusement littérale. Un écrit ne laisse pas d'être censé émané d'une personne, bien qu'il ne soit pas de sa main, lorsque, de son consentement, avec sa participation, sur ses propres déclarations, sur sa demande personnelle, ou sur la poursuite de son adversaire, ou même sur la provocation du juge ou autre fonctionnaire compétent, il a été rédigé par un officier public ayant le droit d'instrumenter, et avec les solennités requises.

Quelque soit le but dans lequel il a été dressé, quelles que soient les parties entre lesquelles il est intervenu, quelles que soient sa forme et sa nature, il n'en produit pas moins un commencement de preuve par écrit, même quant aux énonciations étrangères à la disposition principale qu'il avait pour objet d'établir et de constater.

Peu importe même qu'il soit ou non signé de la partie à qui on l'oppose, à moins que l'apposition de sa signature ne soit requise comme condition essentielle de sa validité.

18. La seule condition qui soit alors exigée, sans parler de

(1) Pau, 13 juill. 1822. SIREY, 22. 2, 337.

la vraisemblance, est que l'écrit public ait été dressé par un officier compétent et avec les solennités requises. Il doit, en effet, commencer par faire foi en lui-même pour produire un commencement de preuve écrite. Aussi, lorsqu'un acte est invoqué comme acte authentique et public, et qu'il ne peut valoir en cette qualité, soit à cause d'un vice de forme, soit à raison de l'incompétence du fonctionnaire, il ne saurait produire un commencement de preuve par écrit (1).

Du moment que cet acte est nul comme authentique, l'attestation du fonctionnaire qui l'a reçu ne vaut plus, ainsi que le dit fort bien Pothier, que comme déclaration privée d'un témoin. Il ne peut donc, à aucun titre, être opposé aux parties qui y figurent.

19. Cependant, s'il était signé d'elles, il vaudrait, à leur égard, comme écrit privé (1318).

Et même, s'il n'était signé que de l'une d'elles, il pourrait encore valoir envers elle comme commencement de preuve par écrit. Il n'y a même pas à distinguer entre les contrats synallagmatiques et les conventions unilatérales. L'acte nul comme authentique vaut toujours comme commencement de preuve écrite, à l'égard de la partie qui l'a signé, quoiqu'il ne soit pas revêtu de la signature de l'autre (2).

Il est vrai que, dans ce cas, l'un des contractants a contre son adversaire une preuve qui manque à ce dernier, et que, sous ce rapport, il n'y a pas entre eux égalité de position. Mais il ne s'ensuit nullement que l'on doive repousser cette preuve, sous le seul prétexte que l'autre partie n'est pas également à même de s'en prévaloir. Quelle qu'ait été l'intention du législateur d'établir entre les parties, lorsqu'il s'agit de conventions synallagmatiques, une égalité aussi complète que possible, cependant, il n'a pas entendu subordonner l'admission de toute

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 774.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 733.—DURANTON, T. 13, n° 352. — *Contrà*, TOULLIER, T. 9, n° 90.

(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 734, n^te^ 21. — *Contrà*, DURANTON, T. 13, n° 352.

preuve, ou de tout commencement de preuve, à la condition qu'il serait égalemeut à la disposition de tous les contractants de l'invoquer les uns envers les autres. Aussi, avons-nous pensé (1) que l'inobservation des formalités du double écrit n'empêchent pas l'acte de valoir comme commencement de preuve écrite. Les mêmes raisons de décider existent ici, dans le cas où l'acte nul comme acte public n'est signé que de l'un des contractants.

Quant aux parties qui ne l'ont point revêtu de leurs signatures, il n'y a pas de doute qu'il ne fournit contre elles aucune espèce de preuve, quand bien même il s'agirait d'un contrat synallagmatique, dont l'un aurait ainsi un commencement de preuve, tandis que l'autre n'en aurait aucune. Vainement, pour égaliser les positions et établir une équitable réciprocité, prétendrait-on y puiser également pour toutes un commencement de preuve. Cette opinion, suivant laquelle le commencement de preuve serait rendu commun à tous les contractants, n'est pas mieux fondée que l'opinion inverse, suivant laquelle il serait, au contraire, également annulé pour tous (2).

20. Cependant, s'il s'agit d'une obligation conjointe ou solidaire, et que les signataires de l'acte prétendent qu'ils n'ont entendu s'engager que sous la condition que les autres, non signataires, se seraient eux-mêmes obligés conjointement ou solidairement avec eux, la partie qui se prévaut de l'acte pourra-t-elle s'en emparer contre ceux qui l'ont signé, et soutenir qu'ils se sont engagés sans subordonner l'existence de leur obligation au concours des autres? L'acte pourra-t-il être considéré comme contenant, à l'appui de cette allégation, un commencement de preuve par écrit?

Ce n'est là qu'une question de fait, dont la solution dépend de l'appréciation des circonstances. Car, si la signature apposée par l'une des parties établit contre elle un commencement de preuve par écrit de l'existence de son engagement, il

(1) 1325, n° 38.
(2) *Contrà*, Toullier, t. 9, n° 90.

ne s'ensuit pas nécessairement et immédiatement une preuve de même nature qu'elle ait entendu s'engager seule et en l'absence des autres. Mais les circonstances de la cause peuvent concourir à établir la vraisemblance de cette allégation, et les juges ont déjà un commencement de preuve qui les autorise à admettre toutes présomptions (1).

21. Nous n'essayerons pas de donner ici le dénombrement, qui serait certainement incomplet, des actes publics qui peuvent renfermer des déclarations et énonciations capables de produire un commencement de preuve par écrit. Il doit nous suffire d'indiquer, à l'appui des règles générales, quelques actes auxquels la pratique semble donner une importance plus considérable.

Tels sont les interrogatoires sur faits et articles (2); les reconnaissances faites en justice de l'existence d'un acte, alors même que cet acte n'est point représenté (3); les déclarations faites par les parties dans une comparution en personne, soit qu'il en ait été ou non requis et donné acte, soit qu'elles aient été ou non constatées par procès-verbal régulier avant le jugement rendu, pourvu qu'elles aient été consignées dans les motifs ou les qualités du jugement (4); les dires, aveux et déclarations dont il a été dressé procès-verbal au bureau de conciliation (5); les interrogatoires subis en matière criminelle ou correctionnelle (6); à la différence de ceux qui sont subis à l'audience

(1) Voy. 1325, nº 38. — Zachariæ, t. 5, pag. 734.

(2) Toullier, t. 9, nºs 116 et suiv. — Chauveau, sur Carré, nº 1262. — Zachariæ, t. 5, pag. 732. — Boncenne, t. 4, pag. 551. — Cass., 10 mars 1835. Sirey, 35, 1, 392. — 6 avril 1836. Sirey, 36, 1, 747. — 19 juin 1839. Sirey, 39, 1, 462. — 15 mars 1843. Sirey, 43, 1, 684.

(3) Cass., 19 déc. 1849. Sirey, 50, 1, 717.

(4) Cass., 29 nov. 1842. Sirey, 43, 1, 241. — 2 janv. 1843. Sirey, 43, 1, 428. — 7 mars 1843. Sirey, 43, 1, 285. — Voy. cep. Toullier, t. 9, nº 127. — Zachariæ, t. 5, pag. 732, nte 17.

(5) Toullier, t. 9, nºs 119 et suiv. — Zachariæ, t. 5, pag. 732.

(6) Zachariæ, *ibid.* — Cass., 21 janv. 1843. Sirey, 43, 1, 660. — 30 juill. 1846. Sirey, 46, 1, 757.

de police simple ou correctionnelle, et sont consignés dans les notes sommaires du greffier, parce que cet écrit n'est ni lu ni signé par le magistrat, ni relu au prévenu, ni signé par lui; qu'il n'est pas émané de lui; qu'il n'est que l'ouvrage personnel du greffier, à qui la loi n'a pas donné de mission spéciale à cet effet, et qu'il n'offre d'autres garanties de sa véracité et de son exactitude que la mémoire et le discernement du rédacteur (1); enfin, les déclarations faites en qualité de témoin, soit devant la juridiction civile, soit devant la juridiction criminelle, correctionnelle ou de simple police, soit que les déclarations aient été recueillies par un juge-commissaire suivant les articles 252 et suivants, C. pr., ou par un juge d'instruction sous forme de procès-verbal, suivant les articles 71 et suivants, C. inst. crim. (2); ou à l'audience conformément aux articles 407 et suivants, C. pr.; ou par le greffier à l'audience correctionnelle ou de simple police, suivant les articles 189, 155, C. inst. crim.

22. Il est indifférent, dans les divers cas que nous venons d'énumérer, que l'écrit invoqué comme commencement de preuve par écrit soit ou non signé de la partie, et que même elle ait refusé d'y apposer sa signature (3). La loi n'en fait point, en effet, une condition essentielle de la régularité des actes de cette espèce. Comme ils empruntent toute leur force de l'autorité du magistrat chargé de les recevoir et de les constater, il suffit, pour qu'ils soient censés émaner de la partie ellemême, qu'il y soit fait mention de son impuissance ou de son refus de signer.

23. L'article 1347 embrasse ainsi, dans la généralité de ses dispositions, toutes déclarations et énonciations consignées dans des actes judiciaires ou extrajudiciaires. Il les admet

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 733, n[te] 19. — Cass., 17 juill. 1841. SIREY 41, 1, 779.

(2) Cass., 18 mai 1840. SIREY, 40, 1, 640.

(3) TOULLIER, T. 9, n° 125. — ZACHARIÆ, *ibid.* — CHAUVEAU, sur Carré, *ibid.* — Cass., 15 mars 1843. SIREY, 43, 1, 684. — 22 avril 1854. SIREY, 54, 1, 491.

toutes, quels qu'aient été leur but, leur objet, leur origine et destination première, pourvu, toutefois, que ces actes soient revêtus de la signature de la partie à laquelle on les oppose, ou qu'ils aient été reçus et dressés par un officier public compétent, avec toutes les formalités requises pour qu'ils fassent foi.

Notre article est même à ce point général, que le juge est autorisé à y puiser un commencement de preuve écrite, pour la solution du débat dont il est saisi, quand bien même ils auraient eu lieu dans une autre instance, entre d'autres parties (1), et même devant une autre juridiction, par exemple, devant la juridiction criminelle (2).

Mais si le juge ne peut les rejeter sous le seul prétexte de droit qu'ils se rapportent à d'autres parties, à une autre instance ou à une autre juridiction, il peut se fonder sur toutes les considérations de fait, dont l'appréciation lui appartient, pour refuser de les admettre (3).

24. Pour qu'un acte public ou privé puisse être admis comme faisant un commencement de preuve littérale, il faut qu'il ne soit pas lui-même repoussé par une exception qui le frapperait d'extinction ou d'inefficacité. Ainsi, les titres constitutifs d'un droit quelconque contre lesquels on oppose la prescription ne sauraient valoir comme commencement de preuve par écrit, dans aucun cas. Le prétendu créancier ne peut s'en prévaloir pour être admis à prouver des payements ou autres actes de reconnaissance qui, suivant lui, auraient interrompu la prescription.

La production du titre même peut sans doute rendre, jusqu'à un certain point, vraisemblable le payement d'un à-compte, des intérêts ou arrérages. Car il n'est pas à présumer que le créancier ait totalement négligé ses droits. Mais ce n'est là

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 729. — Cass., 27 avril 1840. Sirey, 40, 1, 728.

(2) Zachariæ, *ibid.* — Cass., 18 mai 1840. Sirey, 40, 1, 640.

(3) Cass., 18 mai 1840. Sirey, 40, 1, 640.

qu'une vraisemblance purement humaine, qui ne repose sur aucune espèce de fondement légal. Sur quoi, en effet, se fonde-t-elle? Sur l'existence seule du titre constitutif de la créance. Or, d'une part, il n'établit pas nécessairement, par lui-même, l'existence des actes prétendus d'interruption, et, d'autre part, la prescription qui l'atteint le dépouille de toute efficacité; sans que le juge puisse déduire de sa représentation autre chose que l'existence de l'obligation originaire, ni rien en conclure contre la présomption légale de libération résultant de son ancienneté même. A raison du long temps écoulé depuis sa date, et de la prescription qui en est la conséquence, le titre n'a plus aucune valeur pour établir l'existence de l'obligation prétendue. Car, en même temps qu'il en prouve l'existence dans le passé, il en démontre l'extinction dans le présent. Autrement, c'est, de la part du prétendu créancier, commettre la plus flagrante pétition de principe, puisqu'il se prévaut du titre dont la date elle-même établit que la prescription est acquise, pour établir que la prescription n'a pas eu lieu. Afin de se soustraire à cette prescription, il commence donc par supposer que son titre n'est pas prescrit, en le proposant comme n'étant pas, malgré son ancienneté, dénué de toute force probante. On ne saurait faire une plus vicieuse argumentation.

Si les prétentions du créancier pouvaient être accueillies, il en résulterait que les dispositions de la loi relatives au commencement de preuve par écrit, serviraient à réfuter celles relatives à la prescription; et, chose singulière, le titre prescrit serait le premier argument invoqué contre la prescription. Que l'on ne dise point que la prescription ne sera, en définitive, écartée qu'en vertu d'éléments de preuve pris en dehors de l'acte. Nous répondons que ces faits extérieurs, tels que le payement d'un à-compte, des intérêts ou des arrérages, n'auront été admis en preuve que par suite du commencement de preuve par écrit que le titre constitutif aura semblé fournir, et que, par suite, il est toujours vrai de dire que ce titre prescrit aura été lui-même le premier argument invoqué contre sa prescription.

Le créancier qui prétend que son action n'est pas prescrite doit donc établir les causes d'interruption qu'il invoque, au moyen d'éléments postérieurs et étrangers au titre qu'il représente, et que le débiteur repousse par la prescription (1).

25. Dans les divers cas où ils établissent un commencement de preuve par écrit, les actes publics ou privés ne fournissent jamais ce genre de preuve que conformément aux règles générales suivant lesquelles ils font foi.

Les écrits privés ne pourront donc former un commencement de preuve littérale, que lorsque l'écriture ou la signature auront été reconnues, ou que, en cas de dénégation ou de non reconnaissance, elles auront été vérifiées en justice (2).

Mais si cette vérification doit être préalable, les juges chargés d'y procéder peuvent admettre tous moyens de preuve, les témoins et les présomptions. Ils peuvent même faire eux-mêmes cette vérification immédiatement, et à l'aide des éléments que leur fournissent les circonstances de la cause (3).

Quant aux conditions sous lesquelles les actes sous seing privé acquièrent date certaine à l'égard des tiers, en tant qu'ils sont considérés comme formant un commencement de preuve par écrit, elles sont exactement les mêmes que s'ils étaient appelés à faire une foi complète.

S'agit-il d'un écrit public, foi lui est due même à l'égard des tiers, dans la mesure où il est admis à faire un commencement de preuve par écrit, de la même manière que s'il établissait une preuve entière et parfaite.

Les principes suivant lesquels les écrits publics ou privés font foi des dispositions et énonciations qu'ils contiennent, ne

(1) TOULLIER, T. 9, n° 97. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 739. — MARCADÉ, art. 1347, n° 4. — Riom, 4 mai 1841. SIREY, 41, 2, 334. — Douai, 19 janv. 1842. SIREY, 42, 2, 112. — Cass., 19 nov. 1845. SIREY, 46, 1, 609. — *Contrà*, Caen, 20 mai 1840. SIREY, 40, 2, 300.

(2) MERLIN, Rép., v^{is} *Commencement de preuve*. — BONCENNE, T. 4, pag. 188. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 731. — *Contrà*, TOULLIER, T. 9, n° 64, et T. 8, n°s 216 et suiv.

(3) Cass., 3 juill. 1850. SIREY, 50, 1, 705.

reçoivent donc, dans l'application de l'article 1347, aucune espèce de modification. Seulement, au lieu de se référer à une preuve complète, ils ne se rapportent alors qu'à un commencement de preuve. La vérité de cette observation ressort plus clairement encore si on l'applique au cas où, suivant les articles 1335 et 1336, les copies d'actes publics ou leurs transcriptions sont admises comme formant un commencement de preuve par écrit. Dans cette limite restreinte, foi ne laisse pas de leur être due à l'égard des tiers, de même qu'entre les parties qui ont figuré dans les actes.

26. Les mêmes principes s'appliquent aux actes judiciaires, qui sont des écrits publics. Mais ces actes sont soumis à une cause particulière d'inefficacité que nous devons examiner; nous voulons parler de la péremption.

Autrefois on pensait (1) que, nonobstant la péremption acquise, l'instance seule était abolie; que les enquêtes, les rapports d'experts et autres documents probatoires, n'étaient pas atteints; qu'ils subsistaient encore dans toute leur force, et que les parties pouvaient s'en prévaloir. On disait, en un mot, *probata remanent*, les éléments de preuve restent. Mais aujourd'hui, en présence des dispositions générales de l'article 401, C. pr., il est impossible d'admettre cette maxime de notre ancienne jurisprudence. Si, d'après les dispositions de cet article, la péremption n'éteint pas l'action; si elle emporte seulement extinction de la procédure, on ne peut cependant, dans aucun cas, opposer aucun des actes de la procédure éteinte, ni s'en prévaloir. Les probatoires eux-mêmes sont donc frappés de péremption, et aucune des parties ne peut, soit dans l'instance qu'elle aura reprise, soit dans toute autre instance, invoquer même comme formant un simple commencement de preuve par écrit, les aveux, reconnaissances et déclarations intervenus dans l'instance périmée (2). Quant aux tiers étrangers,

(1) POTHIER, *Procédure*, ch. 4, sect. 4, § 5. — RODIER, Ordonn. de 1667, pag. 200, n° 19.

(2) TOULLIER, T. 8, n° 28. — CARRÉ, n° 1451. — PIGEAU, T. 1, pag. 452.

ils ne sauraient eux-mêmes s'en prévaloir, puisque, par l'effet de la péremption, ils sont réputés non avenus, et que les choses se retrouvent dans l'état où elles seraient si l'instance n'avait pas eu lieu.

Les seuls documents probatoires qui subsistent sont donc ceux qui ont servi de fondement à une décision définitive, rendue dans le cours de l'instance. Les jugements de cette nature ayant pour effet de conférer aux parties des droits irrévocables, la péremption ne peut les atteindre, et ils survivent ainsi à l'extinction de la procédure.

27. Tout commencement de preuve par écrit se constitue d'un double élément : 1° d'un écrit émané de la personne à qui on l'oppose ; 2° de la vraisemblance du fait allégué. Le premier élément présente une question de droit, car sa vérification implique nécessairement, de la part du juge, l'examen des caractères légaux de tout commencement de preuve par écrit (1). La loi déterminant elle-même les conditions moyennant le concours desquelles un écrit peut valoir et faire preuve dans cette mesure, le juge ne peut, sans s'exposer à la censure de la Cour de cassation, admettre comme établissant un commencement de preuve écrite, un écrit qui n'en réunirait point en réalité les caractères légaux. Tel est le cas où il aurait admis, comme émanant de la personne à qui on l'oppose, un écrit émané, au contraire, d'un véritable tiers étranger par rapport à elle.

En ce qui touche la vraisemblance, le second élément qu'il nous reste à examiner, son appréciation gît tout entière en fait. La question de savoir si l'écrit invoqué rend ou non vraisemblable le fait allégué, est abandonnée, dans tous les cas, à l'appréciation discrétionnaire du juge, qui n'a alors d'autre règle de décision que l'examen consciencieux des circonstances de

— FAVARD, Rép., v° *Péremption*, n° 13. — MERLIN, Rép., v° *Péremption*, sect. 1, § 2, n° 6. — LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure sur l'article* 401.

(1) Cass., 30 déc. 1839. SIREY, 40, 1, 139.

la cause. A lui seul appartient de résoudre cette question de vraisemblance. Il est investi, à cet égard, d'un pouvoir souverain dont l'exercice échappe au contrôle de la Cour de cassation, soit qu'il rejette ou admette, comme établissant un commencement de preuve littérale, l'écrit invoqué, qui en présente d'ailleurs, en droit, tous les caractères légalement exigés (1).

28. La vraisemblance n'est autre chose que l'apparence de la vérité. Un fait vraisemblable est donc celui qui paraît vrai. Il a ce caractère lorsque les présomptions et indices, résultant de faits dès lors constants et avérés, sont assez graves pour lui donner toutes les apparences de la vérité. Le juge établit lui-même ces présomptions, en tirant des conséquences du fait connu au fait inconnu dont il s'agit d'administrer la preuve. Il appartient surtout à la logique de lui indiquer les règles qui doivent guider son esprit dans ce travail d'appréciation. Quant à la loi, les seules règles qu'elle puisse lui tracer sont celles qui se rapportent au caractère et à la nature des preuves admissibles. Mais, du moment qu'il s'est renfermé dans l'ordre des preuves, présomptions et indices d'après lesquels il est légalement autorisé à se décider, ses décisions, conformes aux prescriptions de la loi, ne relèvent que de sa conscience. Plus son pouvoir est alors étendu et illimité, plus rigoureux aussi est son devoir de ne jamais se prononcer qu'après un examen scrupuleux et attentif des faits et circonstances de chaque cause.

29. Il nous est certainement impossible d'énumérer ici tous les écrits qui peuvent rendre un fait vraisemblable. Nous nous bornerons donc, pour la plus complète explication des dispositions de l'article 1347, à établir quelques distinctions générales.

(1) DURANTON, T. 13, n° 334.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 741.—TOULLIER, T. 9, n° 133. — Cass., 11 avril 1826. SIREY, 26, 1, 336. — 6 août 1839. SIREY, 39, 1, 562. — 27 avril 1840. SIREY, 40, 1, 728. — 18 mai 1840. SIREY, 40, 1, 640. — 10 août 1840. SIREY, 40, 1, 875.—17 mai 1855. SIREY, 56, 1, 155.

Il convient d'abord de distinguer entre les écrits invoqués comme formant un commencement de preuve par écrit, ceux qui se rapportent à une disposition ou convention définitivement arrêtée, et ceux qui, étant restés plus ou moins imparfaits, avaient pour objet d'établir une disposition ou convention qui est restée inachevée et à l'état de simple projet. Les écrits de cette dernière espèce doivent toujours être rejetés, quelque soit la vraisemblance dont leurs énonciations seraient de nature à entourer le fait allégué, s'il s'agissait d'une disposition ou convention définitivement arrêtée.

Tels sont, par exemple, les actes notariés que l'une ou l'autre des parties a refusé de signer. Dans l'état d'imperfection où ils sont restés, ils ne valent même pas comme commencement de preuve écrite à l'égard de la partie qui a signé. Le refus de signature, de la part de celui qui entend plus tard s'en prévaloir, est lui-même une preuve que la disposition ou convention projetée n'a jamais reçu sa perfection définitive (1).

Tels sont encore les écrits privés qui, devant être signés par toutes les parties contractantes, n'ont été signés que par quelques-unes, sans qu'il soit possible d'expliquer l'absence des autres signatures autrement que par la rupture de la convention projetée. Il peut ainsi se présenter, tout d'abord, des difficultés sérieuses quant à l'appréciation du caractère et de la portée de l'écrit. Mais cette question se rattache elle-même aux conditions de la vraisemblance, dont l'examen est abandonné au juge.

Quant aux écrits qui, par leur but et leur objet, se rapportent à des dispositions ou conventions définitivement arrêtées, ils peuvent rendre le fait allégué plus ou moins vraisemblable, suivant que leurs énonciations sont en corrélation plus ou moins directe, plus ou moins nécessaire, avec le fait qu'il s'agit d'établir. S'agit-il d'un écrit dont les constatations établissent complètement le fait allégué, mais auquel un vice de forme ne permet pas de faire preuve entière? La vraisemblance est considérable,

(1) Voy. 1338, n° 13. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 738.

et, de bien près, voisine de la vérité. Tels sont les simples billets manquant du *bon pour* ou de l'*approuvé*, et les actes rédigés pour constater une convention synallagmatique, mais qui n'énoncent pas qu'ils ont été faits en double ou triple copie.

S'agit-il d'écrits qui, sans contenir d'une manière précise et complète toutes les énonciations nécessaires pour l'entière constatation du fait allégué, renferment, cependant, des mentions et déclarations de nature à donner à l'allégation de ce fait quelque apparence de vérité? Alors la vraisemblance a des caractères plus ou moins prononcés, suivant les liens de connexité qui rattachent le fait aux énonciations de l'écrit. Ce sont surtout les écrits de cette dernière espèce qu'il est impossible d'énumérer.

Qu'il nous suffise donc de remarquer que la loi exige seulement que l'écrit rende le fait allégué vraisemblable. Or, la vraisemblance a ses degrés. Mais c'est assez qu'elle existe pour que le juge soit autorisé à combler la distance qui la sépare de la démonstration de la vérité, soit à l'aide de la preuve testimoniale, soit au moyen de simples présomptions. Du moment que l'écrit fournit un commencement de preuve, il a le droit de la compléter avec tous autres éléments propres à former sa conviction. Seulement, il sera forcé d'emprunter davantage à ces éléments de preuve complémentaire, à proportion que la vraisemblance, qui seule autorise leur admission, sera elle-même moins considérable.

Quand nous disons que la vraisemblance a ses degrés, nous ne prétendons pas que le juge puisse légalement et raisonnablement prendre pour une vraisemblance suffisamment caractérisée, un soupçon vague, un doute incertain, une inquiétude indéfinie de la conscience. Il faut une apparence sérieuse de la vérité, équivalente à un commencement de preuve. Nous le lui rappelons, afin qu'il prenne soin de se garantir des dangereux entraînements d'une prétendue équité.

30. Citons maintenant quelques exemples.

Un écrit énonçant une promesse ou offre de vendre pour

un certain prix, pourra rendre vraisemblable la vente alléguée (1), et même, suivant les circonstances, le payement du prix comptant (2), s'il concourt avec la mise en possession postérieure de celui qui se prétend acquéreur, s'il ne s'agit d'un objet d'une valeur considérable, et surtout si la promesse ou offre de vendre ne porte point qu'il sera passé acte devant notaire.

Réciproquement, il en sera de même au cas où l'écrit énoncera une promesse ou offre d'acheter. Il pourra rendre vraisemblable l'achat allégué par le prétendu vendeur.

Peu importe même que l'offre ou promesse d'acheter ou de vendre n'énonce pas un prix certain. Il suffit que le fait de la convention soit vraisemblable, sauf à en déterminer les diverses conditions par la preuve testimoniale.

La promesse de payer une certaine somme pour choses à livrer ou à faire, établit encore un commencement de preuve de la créance alléguée, et autorise le prétendu créancier à prouver par témoins le fait de la livraison (3).

La simple invitation par lettre missive de compter une somme d'argent à un tiers, rend elle-même la numération de la somme vraisemblable, en faveur de celui à qui elle est adressée, et même en faveur d'une personne différente, à qui la lettre aurait été remise, sur le refus du premier de compter les fonds (4).

Mais si le tiers indiqué pour recevoir l'argent devait lui-même, à un titre quelconque, comme créancier ou emprunteur, faire raison plus tard de la somme qui a dû lui être comptée envers celui qui a écrit la lettre, faute par la personne à qui la lettre a été adressée d'avoir retiré un reçu de la somme, la preuve testimoniale ne serait pas admissible de sa part. Car

(1) Danty, sur Boiceau, ch. 11, n° 10. — Pothier, *Oblig.*, n° 767.— Toullier, t. 9, n°s 91, 95 et 96. — Bordeaux, 7 mai 1834. Sirey, 35, 2, 177.

(2) Toullier, t. 9, n°s 93 et 94.—*Contrà*, Duranton, t. 13, n° 345.

(3) Danty, sur Boiceau, *ibid.* — Pothier, *ibid.* — Duranton, t. 13, n° 346. — Zachariæ, t. 5, pag. 739. — Toullier, t. 9, n° 107.

(4) Danty, sur Boiceau, *ibid.*—Pothier, *Oblig.*, n° 768.—Zachariæ, *ibid.* — Toullier, t. 9, n°s 110 et suiv. — Duranton, t. 13, n° 347.

il faut, dans ce cas, établir d'abord la numération de la somme vis-à-vis de celui qui devait la recevoir; et faute par le demandeur d'en justifier, il n'a aucune action contre son correspondant (1).

Par exemple encore, la lettre d'un père recommandant son fils aux soins d'une personne, peut établir un commencement de preuve des avances qu'elle aura pu faire pour les besoins de la personne recommandée (2).

La lettre par laquelle je vous prie, en alléguant une nécessité urgente, de me compter de l'argent, peut elle-même fournir contre moi, suivant les circonstances, un commencement de preuve de la numération de la somme.

Tout écrit qui énonce l'existence d'une dette, mais sans en déterminer la quotité ou la cause, forme un commencement de preuve qui autorise l'admission de la preuve par témoins, pour établir la quotité de la somme (3) ou la cause de l'obligation (4).

Tels sont encore les écrits qui, invoqués comme quittances, énoncent des payements effectués, mais en laissent la quotité incertaine.

De même, la simple clause insérée dans un acte de vente par laquelle l'acquéreur s'oblige à laisser un locataire jouir le temps qu'il aurait le droit de le prétendre, fournit un commencement de preuve que l'acquéreur a eu connaissance du bail et de sa durée (5).

Mais l'écrit par lequel un huissier, par exemple, reconnaît avoir reçu quelques titres de son client, peut ne pas valoir comme commencement de preuve pour établir qu'il a reçu toutes les pièces qui lui sont réclamées (6). On comprend, du reste, que cette question dépend des circonstances.

(1) Pothier, *ibid.*
(2) Toullier, t. 9, n° 111.
(3) Pothier, *Oblig.*, n° 770. — Toullier, t. 9, n°s 113 et suiv. — Zachariæ, t. 5, pag. 739.
(4) Duranton, t. 13, n° 354. — Zachariæ, t. 5, pag. 739. — Voy. encore 1132, n°s 4 et 5.
(5) Cass., 15 nov. 1836. Dalloz, 37, 1, 197.
(6) Cass., 6 nov. 1838. Sirey, 38, 1, 892.

31. Il n'est même pas exigé que l'existence de l'obligation soit formellement et précisément exprimée. Il suffit que les énonciations de l'écrit y fassent allusion d'une manière plus ou moins directe.

Je vous réclame un dépôt; je n'ai d'autre écrit de vous qu'une lettre, où vous me dites : Je vous satisferai sur ce que vous savez. Elle rend vraisemblable le fait du dépôt (1), eût-elle même été adressée à un tiers (2), sauf, toutefois, l'appréciation des circonstances et surtout des explications fournies par le défendeur (3).

A plus forte raison, l'écrit forme-t-il un commencement de preuve littérale, lorsque ses énonciations, sans comprendre d'une manière formelle et positive le fait allégué, portent seulement sur des faits différents qui ont avec lui des liens de connexité plus ou moins étroits, ou sur des circonstances accessoires et secondaires qui, par leur corrélation avec le fait principal, en établissent la vraisemblance (4).

Ainsi, la mainlevée d'une inscription donnée par le créancier à l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué, peut rendre vraisemblable le payement de la dette allégué par le débiteur (5).

Par application du même principe, nous avons vu que les quittances données sans réserves des intérêts ou arrérages postérieurs, font présumer le payement de ceux antérieurs (6), et que les affaires continuées, les comptes arrêtés postérieurement sans réserves, font présumer, entre les parties, leur libération réciproque, par remise ou payement, pour toutes causes antérieures (7).

Les écrits de la nature de ceux que nous examinons ici con-

(1) Danty, sur Boiceau, *ibid.*—Pothier, *Oblig.*, n° 770.—Boncenne, t. 4, pag. 169.

(2) Toullier, t. 9, n° 108.

(3) Duranton, t. 13, n° 349.

(4) Toullier, t. 9, n° 116. — Zachariæ, t. 5, pag. 740.

(5) Cass., 17 juill. 1820. Sirey, 21, 1, 136.

(6) 1283, n° 11.

(7) 1283, n° 10.

sistent ordinairement dans les aveux et déclarations faits en justice, soit que la partie de qui ils émanent ait été interrogée sur faits et articles, soit qu'elle les ait fournis à l'audience sur comparution personnelle, ou au bureau de paix et de conciliation, spontanément ou sur la provocation de son adversaire.

32. Il peut y avoir encore un commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable le fait allégué, lorsque la partie interrogée sur faits et articles, ou comparant personnellement à l'audience, répond aux interpellations qui lui sont adressées par des déclarations et explications embarrassées, contradictoires, évasives, artificieuses, pleines d'une obscurité affectée, contredites par des faits avérés et constants qui témoignent de sa mauvaise foi (1).

Lorsqu'une partie assignée en interrogatoire sur faits et articles ne comparaît pas ou refuse de répondre après avoir comparu, les faits peuvent être tenus pour avérés (330, C. pr.). A plus forte raison, le juge pourra-t-il considérer le refus de répondre et de s'expliquer comme constituant un commencement de preuve par écrit, soit qu'il s'agisse d'un interrogatoire en forme sur faits et articles, ou d'une simple comparution personnelle à l'audience. C'est un point constant dans la pratique (2).

Mais, pour que le refus de répondre fasse légalement un commencement de preuve par écrit, il faut d'abord que les interpellations aient été adressées à la partie par un juge ayant pouvoir à cet effet. Ainsi, le refus de répondre au bureau de conciliation aux questions faites par le juge de paix ou par l'adversaire, ne forme point un commencement de preuve de cette nature. Le juge l'aurait vainement constaté dans son procès-verbal. Il n'a pas, en effet, le pouvoir d'adresser aux parties des interpellations relatives au fond même du débat;

(1) DOMAT, *Lois civiles*, liv. 3, tit. 6, sect. 5. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 740. — TOULLIER, t. 9, nos 116, 118.

(2) TOULLIER, t. 9, nos 117-121. — ZACHARIÆ, *ibid.*

et, quelle que soit sa mission de conciliier, il doit se borner, si elles ne s'accordent pas, à rédiger sommairement procès-verbal de non conciliation (54, C. pr.). La partie interpellée pouvant se dispenser de répondre, son silence ou son refus de s'expliquer ne peut être considéré que comme un refus de se concilier. Or, un pareil refus de conciliation, qui contient réserves de tous droits et demande de renvoi devant le juge compétent, ne saurait en aucune façon rendre vraisemblables les allégations de l'autre partie (1).

Il faut ensuite que ce refus de répondre soit régulièrement constaté, soit par procès-verbal, soit même simplement dans les qualités ou les motifs du jugement, s'il est produit à l'audience.

Nous ne pousserons pas plus loin nos citations d'exemples, ni l'énumération d'actes, divers par leur caractère, par leur nature, plus divers encore par le degré de leur force probante. Toute question de vraisemblance étant une question de fait et d'appréciation, le juge devient juré ; la loi ne lui demande aucun compte des éléments de sa conviction, et alors même qu'en fait il juge mal, en droit il ne la viole pas.

33. L'exception consacrée par l'article 1347 a toute la portée d'une règle générale. Elle s'applique à toute espèce d'actes, sauf quelques exceptions particulières que nous devons maintenant examiner. La vente, l'échange, le louage de choses autres que les maisons et les biens ruraux, la société, le prêt, le commodat, le dépôt, le contrat de rente, le cautionnement, le mandat, rentrent pleinement dans les dispositions communes, sous le double rapport de la nécessité d'une preuve écrite, lorsqu'ils présentent un intérêt juridique excédant la valeur de cent cinquante francs, et de l'admissibilité de la preuve testimoniale, lorsqu'ils présentent un intérêt d'une valeur moindre, ou qu'il existe un commencement de preuve par écrit.

Nous avons dit qu'il existe quelques exceptions exclusives

(1) Zachariæ, *ibid.* — *Contrà*, Toullier, t. 9, n° 121.

de la preuve testimoniale. Elles appartiennent à deux catégories différentes. Dans l'une, l'écriture est de l'essence même de la convention ou disposition, lesquelles ne peuvent exister qu'à la condition qu'il en est dressé un acte instrumentaire parfaitement régulier. Tels sont le testament, le contrat de mariage, la donation entre vifs, la convention d'hypothèque. Il est même à remarquer que, sauf le cas de testament olographe, la loi exige toujours pour la rédaction de l'acte l'intervention d'un officier public. L'écriture est alors tellement essentielle à la validité du fait juridique, qu'elle ne peut être suppléée par aucun autre moyen de preuve, même par l'aveu et la reconnaissance de la partie contre laquelle on en allègue l'existence.

Les exceptions de la seconde catégorie n'ont pas un caractère aussi exclusif. Si la preuve testimoniale y est toujours et indistinctement rejetée, quelle que soit la valeur de l'intérêt juridique du fait, et alors même qu'il existe un commencement de preuve par écrit, ce n'est pas que l'écriture soit exigée comme étant une condition substantielle de la validité de la convention ou disposition, mais seulement comme étant le moyen de preuve qui, en offrant le plus de certitude et de garanties, empêche la multiplicité des contestations. Le défaut d'acte instrumentaire peut alors être suppléé, au moins entre les parties contractantes, par leurs aveux et reconnaissances judiciaires ou extrajudiciaires, pourvu qu'ils soient eux-mêmes constatés par écrit.

On peut faire sur les exceptions de cette nature cette observation remarquable : Dans les divers cas où la loi exige une preuve écrite, quand bien même la chose n'excède pas la valeur de cent cinquante francs, elle exclut en même temps la preuve testimoniale, quoiqu'il y ait un commencement de preuve par écrit. Il y a ainsi une double dérogation aux dispositions ordinaires, soit à celles de l'article 1341, soit à celles de l'article 1347. Cette double dérogation est même constamment inséparable, ainsi que nous le verrons dans le cours de nos développements.

L'observation générale que nous plaçons ici répond d'avance au système de certains auteurs qui, dans quelques cas particuliers où la loi exige une preuve écrite, pensent, néanmoins, que si la preuve testimoniale est exclue, alors même que la chose n'excède pas cent cinquante francs, cependant elle devient recevable, suivant le droit commun, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. La vérité est, au contraire, que la loi, ayant tant fait que de déroger au droit commun touchant l'admission de la preuve testimoniale, y apporte une dérogation complète et absolue. Alors, en effet, qu'elle a cru devoir rejeter la preuve par témoins, encore qu'il s'agisse d'une chose ou valeur ne dépassant pas cent cinquante francs, ce ne peut être que parce que ce genre de preuve lui a semblé présenter de très graves inconvénients. Il est donc dans l'esprit de ces dispositions exceptionnelles d'exclure également la preuve testimoniale, même au cas où il existe un commencement de preuve par écrit, quelque vraisemblable qu'il rende le fait allégué. L'écrit exigé est, en un mot, exclusif de tout autre mode de preuve, et doit, conséquemment, faire par lui-même une preuve complète.

Nous ne nous dissimulons pas la rigueur de cette théorie; mais nous croyons qu'elle est la seule légale et la seule aussi qui puisse coordonner avec unité les diverses dispositions de la loi. Le système contraire, d'après lequel la preuve testimoniale ne laisserait pas d'être admissible à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, quelque séduisant qu'il paraisse d'abord à l'équité, ne saurait cependant être suivi, parce que, étant évidemment inapplicable dans certains cas, il n'y aurait ni harmonie ni unité dans les règles du Code, et qu'on se trouverait à chaque pas arrêté par des distinctions arbitraires et des exceptions nouvelles.

34. Le louage est un des contrats dont la preuve est soumise à des règles exceptionnelles. L'interprétation des articles 1715 et 1716 a donné lieu aux controverses les plus vives, et soulevé les plus sérieuses difficultés.

Avant d'en aborder l'examen, nous devons remarquer que ces articles, placés sous la section première, des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux, ne s'appliquent point aux contrats de louage d'une autre nature, tels que les louages de meubles (1), d'ouvrage et d'industrie, des domestiques et ouvriers, des voituriers par terre et par eau, aux devis et marchés, ni aux différents baux à cheptel. On rentre, quant à la preuve de ces divers contrats, dans les règles ordinaires. La preuve testimoniale est admissible, si l'intérêt juridique du fait n'excède pas cent cinquante francs, et, dans tous les cas, s'il existe un commencement de preuve par écrit.

Il peut seulement s'élever quelque difficulté quant à l'évaluation de cet intérêt juridique. La loi ne trace aucune règle à cet égard. Les juges n'auront donc qu'à l'apprécier, suivant les diverses circonstances, comme étant eux-mêmes experts de droit. Mais il faut surtout ne pas perdre de vue qu'ils ne doivent pas prendre uniquement pour base de leur évaluation, soit la valeur des choses louées, des meubles, par exemple, soit la somme de toutes les annuités cumulées, et correspondantes à la durée prétendue du louage. L'intérêt de la convention se compose en effet, par rapport à chaque partie respectivement, soit de l'intérêt qu'a le bailleur à ne pas être privé de la jouissance de sa chose, soit de l'intérêt qu'a le preneur à en jouir à ce titre. Or, comme les annuités du bail n'y correspondent pas toujours exactement, son appréciation demeure nécessairement subordonnée aux circonstances.

35. Venons maintenant au louage des maisons et biens ruraux. Quand on veut leur appliquer les dispositions de l'article 1341, une première difficulté se présente. Comment en apprécier la valeur juridique? Prendra-t-on pour élément d'évaluation la valeur même des immeubles loués? Ce n'est pas raisonnable. La valeur du bail devra-t-elle, ainsi qu'on l'a pensé (2), se

(1) TROPLONG, *Louage*, n° 110. — DURANTON, T. 17, n°s 51 et suiv.

(2) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 5, n°e 9. — TROPLONG, *Louage*, n° 116. — Paris, 6 avril 1825. SIREY, 26, 2, 278.

déterminer d'après la somme qui forme le prix du bail pour toute la durée qu'on prétend lui assigner? Mais il faudra commencer par établir et le prix et la durée du bail, s'ils sont contestés. Car on ne saurait, pour juger de l'intérêt de la convention, s'en rapporter aux allégations du demandeur. Cette base sera d'ailleurs inexacte dans la plupart des cas; car elle ne représentera pas toujours le véritable intérêt du bailleur ni du preneur à conserver ou à prendre la jouissance de la chose. La nature immobilière des choses louées rend elle-même plus difficile cette appréciation. Par la force même des choses, l'intérêt juridique d'un bail de maison ou de biens ruraux présente donc une valeur essentiellement indéterminée; et l'on comprend très bien que, en présence des difficultés, de l'impossibilité même d'en faire une évaluation exacte, le législateur n'ait pas appliqué au contrat de louage les dispositions de l'article 1341, en tant qu'elles autorisent l'admission de la preuve testimoniale pour choses n'excédant pas la somme ou valeur de cent cinquante francs.

Mais cette exclusion de la preuve par témoins se fonde, en matière de louage, sur une autre considération. Le législateur a exprimé lui-même sa pensée à cet égard (1). Il a voulu, en rejetant la preuve testimoniale et en exigeant une preuve écrite, éviter des contestations multipliées, des procès ruineux, sur des objets le plus souvent d'un faible intérêt, et dans une matière où tout a un caractère incontestable d'urgence. La proscription de la preuve par témoins ne peut certainement avoir, en aucun cas, pour résultat de tarir la source des procès, ainsi que le législateur s'en est flatté dans son illusion. La pratique en fournit la preuve malheureusement irrécusable. Mais l'on comprend, cependant, que les procès seront d'autant moins nombreux et en même temps d'une solution d'autant plus facile que, si une preuve écrite n'est pas rapportée, la partie poursuivante n'aura aucun moyen légal de justification, et en sera réduite à la ressource désespérée du serment litis-décisoire.

(1) Voy. Fenet, t. 14, pag. 312, 322, 351.

Tel est l'esprit, telles sont les dispositions du Code Napoléon. Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données. Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail (1715). En présence d'une disposition aussi claire, aucune difficulté ne peut s'élever sur ce premier point. La preuve testimoniale est inadmissible, dans tous les cas, de la part du bailleur et du preneur (1).

Mais supposons que l'exécution du bail verbal ait commencé. Ici la controverse commence, et nous devons faire plusieurs distinctions.

L'exécution du bail, comme bail, est reconnue. Il n'y a pas de contestation sur l'existence même du contrat. Mais il y a débat sur les clauses et conditions accessoires. L'article 1716 prévoit le cas où il y a contestation sur le prix : « Lorsqu'il n'existera point de quittance, dit-il, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par expert, auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré. » Voilà encore un point formellement décidé par la loi.

36. Mais s'il y a contestation sur la durée du bail seulement, et que son exécution ne soit pas même contestée, dans ce cas encore, la preuve testimoniale est inadmissible, quelque modique que soit l'intérêt du bail, quand même il ne dépasserait pas la somme de cent cinquante francs (2).

La circonstance que l'exécution du bail a commencé et qu'elle est reconnue, établit bien l'existence du contrat. Mais il n'en résulte pas que le demandeur puisse en établir par té-

(1) TROPLONG, *Louage*, n° 108. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 5. — DUVERGIER, *Louage*, T. 1, n° 252.

(2) TOULLIER, T. 9, n° 32. — DUVERGIER, n° 258. — TROPLONG, n°s 118 et 120. — Colmar, 15 mars 1813. SIREY, 13, 2, 373. — *Contrà*, DURANTON, T. 17, n° 55. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 5.

moins la durée et les conditions accessoires, même au cas où il présente un intérêt qui n'excède pas cent cinquante francs. Cela est si vrai, que l'article 1716 exclut formellement la preuve testimoniale quant à la fixation du prix. S'il ne parle point de la durée du bail, ce n'est pas qu'il en admette implicitement la preuve par témoins ; c'est que ce point secondaire se trouve réglé lui-même, dans le silence des contractants, de la même manière que pour les baux faits verbalement et sans fixation de durée. Voilà pourquoi il ne s'en occupe pas ; mais il n'admet pas, pour cela, la preuve testimoniale contre les dispositions de la loi.

Il y a, du reste, cette différence considérable entre la fixation du prix et la détermination de la durée du bail, que, pour le prix, le propriétaire en est cru sur son serment, tandis que, pour la durée, si le serment seul doit être déféré, il l'est indifféremment au bailleur ou au preneur, par celui d'entre eux qui prétend que la durée du bail a été fixée autrement que la loi elle-même prend soin de la fixer, quand les parties se taisent. La loi forme, dans ce cas, leur contrat commun, et, en l'absence de conventions écrites, c'est à celui qui allègue une dérogation à l'établir par les seuls moyens de preuve qui soient alors légalement admissibles, par exemple, en déférant le serment à son adversaire qui nie.

Quant aux conditions et clauses accessoires du bail autres que celles relatives à son prix et à sa durée, il convient encore de distinguer.

Y a-t-il débat sur la consistance du domaine affermé, sur les dépendances de la maison louée, sur l'état des lieux, l'importance du cheptel, l'étendue de l'ensemencement et autres questions de cette nature ; la preuve par témoins est admissible, parce qu'il s'agit d'une simple vérification de faits au sujet desquels la preuve testimoniale est toujours recevable. Elle n'a pas alors pour objet d'établir un contrat, mais seulement certains points de fait qui se rattachent à son exécution.

S'agit-il de clauses et conventions particulières qui ont pour but de modifier les droits et obligations contractuels du bailleur

ou du preneur; par exemple, d'une clause par laquelle il est allégué que l'un ou l'autre s'est obligé à faire sur les lieux loués telle impense ou réparation; la preuve testimoniale n'en est pas admissible, parce qu'elle tend à établir le contrat même de louage, ou, quoi que ce soit, l'une de ses conditions conventionnelles. Mais comme la contestation ne porte point sur le prix, le propriétaire ne devra pas en être seul toujours cru sur son serment; c'est-à-dire que le demandeur, quel qu'il soit, ne pouvant invoquer la preuve testimoniale, n'aura, pour établir ses allégations, d'autre ressource que l'aveu de son adversaire ou le serment (1), l'intérêt du bail fût-il inférieur à cent cinquante francs.

S'agit-il enfin de clauses accessoires relatives à des prestations dont le service vient en augmentation du prix du bail, alors on rentre dans les dispositions de l'article 1716, comme s'il s'agissait d'un prix tout en argent. Le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le preneur demander une expertise.

Mais si le débat, au lieu de porter sur le prix et les éléments accessoires qui s'y ajoutent en augmentation, avait seulement pour objet le mode et les termes de son payement, l'article 1716 serait inapplicable. Son texte indique assez clairement qu'il ne s'applique que lorsqu'il y a contestation sur le prix, et non lorsque le débat concerne seulement les conditions accessoires, les échéances du payement de ce prix. Dans le silence de la convention, on doit suivre l'usage des lieux, sauf à celui qui prétend qu'il y a été dérogé à établir cette dérogation par l'aveu de son adversaire ou au moyen du serment, sans que, en aucun cas, la preuve testimoniale puisse en être reçue (2).

37. Mais voici une plus sérieuse difficulté. Comme l'article 1715 dispose que si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, on a

(1) Troplong, *Louage*, n° 118.
(2) Troplong, *Louage*, n° 118. — Grenoble, 4 août 1832. Sirey, 33, 2, 71.

été tenté d'en conclure que la preuve testimoniale est, au contraire, admissible, lorsque le bail a reçu un commencement d'exécution; qu'en conséquence, on peut prouver par témoins les faits prétendus d'exécution, et arriver par là à l'établissement du contrat de bail et de ses diverses conditions.

Ce n'est pas ainsi que l'article 1715 doit être entendu. Il est incontestable qu'il déroge aux dispositions de l'article 1341, puisqu'il exclut la preuve testimoniale du bail, quelque modique qu'en soit le prix. Il apporte à l'admission de ce genre de preuve des restrictions plus sévères que le droit commun, et s'il suppose un bail qui n'a reçu aucun commencement d'exécution, il entend par là une exécution avouée, reconnue, à titre de bail. Cette interprétation ressort surtout du rapprochement de l'article 1716 qui, en indiquant le moyen de fixer le prix du bail dont l'exécution a commencé, suppose, par cela même, que l'existence du bail est constante et avérée entre les parties.

Mais lorsque le bail est dénié, que les faits prétendus d'exécution sont eux-mêmes contredits, ou que leur caractère à titre de louage est contesté, le demandeur, quel qu'il soit, ne peut en offrir la preuve par témoins, dans le but de prouver l'existence du bail et de ses conditions, au moyen des faits d'exécution qualifiée qu'il allègue. Autrement, la loi fournirait elle-même le moyen facile d'éluder, par un subterfuge, ses prohibitions. Elle admettrait indirectement, et par une voie détournée, la preuve testimoniale d'un bail verbal, preuve que, cependant, elle interdit de la manière la plus formelle. L'article 1715 doit donc être entendu en ce sens, que la preuve testimoniale du bail verbal, qui est dénié, est inadmissible dans tous les cas, quand même on soutiendrait que le bail a reçu un commencement d'exécution, et qu'on offrirait de le prouver (1).

(1) Troplong, *Louage*, n° 113. — Toullier, t. 9, n° 33. — Duvergier, *Louage*, n°s 263 et suiv. — Bordeaux, 29 nov. 1826 et 19 janv. 1827. Sirey, 28, 2, 4. — Limoges, 3 juill. 1836. Sirey, 36, 2, 427. — Nîmes, 1er août 1836. Sirey, 38, 2, 125. — Cass., 14 janvier 1840. Sirey, 40, 1, 5. — Bourges, 14 mai 1842. Sirey, 43, 2, 31. — *Contrà*, Duranton, t. 17, n° 55.

Nous disons, quelque modique qu'en soit le prix, l'intérêt juridique du bail fût-il même inférieur à cent cinquante francs. Nous avons vu, en effet, que la difficulté de déterminer la valeur d'un louage n'était pas étrangère aux dispositions prohibitives de l'article 1715. Or, cet article ne distingue pas si l'intérêt du bail est inférieur ou supérieur à cent cinquante francs. La preuve par témoins est indistinctement prohibée. On objecte que cet article suppose que le bail n'a reçu aucun commencement d'exécution; que, conséquemment, si le bail a reçu un commencement d'exécution, la prohibition, qui est une exception, cesse, et que l'on doit, dès lors, faire retour aux règles du droit commun. Nous l'avons dit tout à l'heure, et les auteurs eux-mêmes dont nous combattons l'opinion le reconnaissent également : l'article 1715 suppose un commencement d'exécution avouée, reconnue, non contestée, à titre de bail. Or, telle n'est pas notre hypothèse, où la qualité et le titre des faits d'exécution prétendue sont contestés. Il faut donc, dans l'opinion contraire, établir une distinction que le texte de l'article 1715 ne comporte pas, et dire que lorsqu'il s'agit d'un bail dont l'intérêt excède cent cinquante francs, il suppose une exécution dont le titre conventionnel n'est pas dénié; mais que lorsqu'il s'agit d'un bail dont l'intérêt n'excède pas cette somme, il suffit que des faits d'exécution soient allégués pour que le demandeur soit admis à les établir par témoins et à prouver ensuite, à la faveur de cette première preuve, l'existence même du contrat de louage. Cette interprétation, qui ne repose que sur une distinction arbitraire, nous paraît tout aussi contraire au texte qu'à l'esprit de la loi. La dérogation que l'article 1715 consacre aux règles ordinaires du droit commun, est absolue et indépendante, dans son application, de la valeur du bail allégué (1).

Mais rien ne s'oppose à ce que le propriétaire, renonçant à toute allégation de bail, soit admis à prouver par témoins que

(1) *Contrà*, TROPLONG, *Louage*, n° 115.—DUVERGIER, *Louage*, n° 259. — ZACHARIÆ, t. 3, pag. 5.

son adversaire a occupé et possédé sa chose, en a joui et perçu les fruits, non pas à titre de preneur ou de locataire, mais comme usurpateur, sans droit ni qualité. Il ne s'agit plus, en effet, que de prouver un fait, et non une convention. Le demandeur, au lieu de conclure à l'exécution d'un contrat de louage, conclut seulement à une restitution de fruits, à une indemnité de jouissances et à des dommages et intérêts. La pratique offre de nombreux exemples de cette procédure (1).

Le propriétaire peut même, après avoir conclu au principal à l'exécution d'un contrat de louage, demander subsidiairement à être autorisé à prouver par témoins les faits d'usurpation et de jouissance qu'il allègue. Ces conclusions subsidiaires n'en sont pas moins susceptibles d'une appréciation séparée et indépendante (2).

38. S'il existe un commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale du bail qui n'a reçu aucun commencement d'exécution sera-t-elle admissible pour en établir l'existence, la durée et les diverses conditions? Nous ne le pensons pas.

L'article 1715 exclut en effet, d'une manière absolue, la preuve par témoins, en disant que le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. Ses dispositions font exception au droit commun, et ne permettent en aucun cas d'y revenir. De même qu'il proscrit la preuve testimoniale, même lorsque le bail présente un intérêt qui ne dépasse pas cent cinquante francs, de même il l'exclut pour le cas où, s'agissant de plus forte somme, il y a un commencement de preuve par écrit. Il contient ainsi une dérogation complète à l'article 1341 et à l'article 1347. On ne comprend pas qu'il soit possible de distinguer et de ne voir dans l'article 1715 de dérogation qu'à l'article 1341. Quoique appuyée sur un commencement de preuve écrite, la preuve par témoins présente encore de graves

(1) DANTY, sur Boiceau, ch. 14, n° 2. — TOULLIER, T. 9, n° 2. — TROPLONG, *Louage*, n° 114.

(2) Nîmes, 1er août 1836. SIREY, 38, 2, 125. — Cass., 19 fév. 1840. SIREY, 40, 1, 534.

inconvénients dans une matière telle que le contrat de louage, où le législateur a cru devoir la proscrire, bien moins à cause de son incertitude, qu'à cause de la multiplicité des procès et des involutions de procédure qui en seraient la suite (1).

Nous la repoussons même avec les restrictions que les auteurs qui embrassent une opinion contraire apportent à son admission. Ils pensent, en effet (2), que si le commencement de preuve par écrit, en rendant le bail vraisemblable, ne rendait pas également vraisemblables sa durée et la quotité du prix, la preuve par témoins ne serait pas admissible sur ces points secondaires. Le prix devrait, suivant eux, être déterminé conformément à l'article 1716, et la durée fixée de la même manière que lorsque le bail a été fait sans fixation de durée. Ce tempérament, qui n'est qu'un amalgame du droit commun et du droit exceptionnel en matière de bail, est une preuve de plus que l'article 1347 est inapplicable, puisque, pour en maintenir l'application, on est forcé d'y faire néanmoins, en principe, une dérogation aussi considérable.

39. Nous avons dit que l'écriture n'était pas de l'essence du contrat de louage, quoique la preuve testimoniale soit inadmissible. Il peut donc être établi par l'aveu et les reconnaissances de celui contre lequel on en allègue l'existence. A ce sujet, on s'est demandé si le défendeur qui le dénie peut être interrogé sur faits et articles.

Il ne le peut pas. L'article 1715 est conçu en termes limitatifs; le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. On irait contre son texte et son but, qui est de diminuer le nombre des procès et d'en abréger la durée, si l'on pouvait faire interroger le défendeur sur faits et articles. Si nous admettons les aveux et reconnaissances, en dehors de tout ser-

(1) DURANTON, T. 17, n° 54. — TROPLONG, *Louage*, n° 112. — Caen, 23 mars 1840. SIREY, 40, 2, 263. — Rouen, 18 fév. et 19 mars 1841. SIREY, 41, 2, 468. — Metz, 10 avril 1856. SIREY, 57, 2, 145. — *Contrà*, DUVERGIER, *Louage*, n° 267. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 6.

(2) ZACHARIÆ, DUVERGIER, *ibid.*

ment, c'est qu'ils sont spontanés. Mais si le défendeur comparant à l'audience n'avoue pas le bail ou en conteste la durée et les diverses conditions, le demandeur n'a que la ressource du serment. L'interrogatoire sur faits et articles entraîne une longue procédure que le législateur a voulu éviter dans une matière où tout est urgent ; et, s'il peut aboutir à un aveu, ce qui est rare, il n'est en général propre qu'à produire un commencement de preuve par écrit. Or, comme ce commencement de preuve est ici inadmissible, toute procédure qui n'a d'autre résultat que de le procurer doit être écartée comme frustratoire.

Quant à l'article 324, C. pr., d'après lequel les parties peuvent, en toutes matières et en tout état de cause, se faire interroger sur faits et articles, il reçoit nécessairement exception en matière de louage des dispositions particulières du Code Napoléon (1)

Quoi qu'il en soit, si le bailleur ou le preneur offrait de prouver l'existence d'un bail écrit, mais dont l'acte instrumentaire ne peut être représenté, parce qu'il a été perdu, il n'y a pas de doute que la preuve testimoniale ne soit admissible dans ce cas, conformément à l'article 1348 (2).

40. Nous avons vu que l'article 1834 applique aux sociétés les principes du droit commun. Mais il ne régit que les sociétés civiles. Le Code de commerce fait exception pour les sociétés en nom collectif, ou en commandite, ou anonymes. Les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325, C. Nap. (39, C. comm.). Les sociétés anonymes ne peuvent être formées que par des actes publics (4, C. comm.). Enfin, l'article 42 exige, à peine de nullité, la remise au greffe d'un extrait de

(1) Troplong, *Louage*, n° 111. — Rennes, 6 août 1812, cité par Carré. — *Contrà*, Duranton, t. 17, n° 54. — Duvergier, *Louage*, n° 257. — Carré, n° 1226.

(2) Rouen, 22 juin 1812, Sirey, 13, 2, 29.

l'acte de société. La loi suppose donc constamment la nécessité d'un acte écrit, qu'aucun autre moyen de preuve ne peut suppléer. Les aveux, les reconnaissances des parties, la preuve testimoniale appuyée sur un commencement de preuve écrite, tout cela est insuffisant, quelle que soit la valeur de l'objet de la société, à moins qu'il ne s'agisse d'une simple association en participation (49, C. comm.). Autant dans l'intérêt des associés que dans celui des tiers, la loi a voulu, afin de prévenir les contestations, que les sociétés commerciales reçussent une constatation dont l'autorité fût irrécusable (1).

Mais nous devons remarquer d'abord que si, au lieu d'une société dont on allègue l'existence, il s'agissait d'une simple promesse de former une société, l'écriture ne serait plus de l'essence de cette obligation, qui constitue même un simple engagement civil. La preuve en serait recevable, soit par écrit, soit par témoins, suivant les principes généraux et ordinaires du droit commun.

Nous remarquons, en outre, que s'il s'agissait de régler et de liquider pour le passé une société de fait, et non d'en reconnaître l'existence pour l'avenir entre les prétendus associés, dans ce cas, les articles 39 et 40, C. comm., seraient inapplicables. Des rapports de fait ayant existé entre les parties, la bonne foi veut que la liquidation en soit opérée ; et, comme il s'agit alors plutôt d'un fait que d'un contrat, tous moyens de preuve sont indistinctement admissibles, quelle que soit la valeur des objets sociaux et communs (2).

41. Comme la transaction a pour objet de terminer une contestation déjà née, ou de prévenir une contestation à naître, il ne faut pas que la vérification de son existence puisse être elle-même l'occasion d'un nouveau procès. La transaction irait contre son but si elle avait pour résultat de multiplier les contestations. Aussi l'article 2044 la soumet-il à un mode parti-

(1) MERLIN, Rép., v° *Société*. — TROPLONG, *Société*, n° 226. — *Contrà*. DELANGLE, *Société*, T. 2, n° 510 et suiv.

(2) TROPLONG, *Société*, n° 227.

culier de constatation. Elle doit être rédigée par écrit (1), même lorsqu'il s'agit de matière commerciale (2).

Ce n'est pas que l'écriture soit de son essence même, qu'elle soit une condition substantielle de sa validité. Elle n'est exigée que comme moyen de preuve. La transaction sera donc valable, quoiqu'elle ne soit pas constatée par écrit, pourvu que son existence et les diverses clauses dont elle est assortie soient d'ailleurs avouées et reconnues. L'article 2044 n'exclut ni les aveux, ni les reconnaissances de la partie à laquelle on l'oppose; et, en exigeant un acte écrit, il ne fait que rejeter la preuve testimoniale, alors même que l'intérêt de la transaction est inférieur à cent cinquante francs. Ce premier point est incontesté.

Mais s'il existe un commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins sera-t-elle recevable? Question controversée, que nous croyons devoir résoudre négativement. Les mêmes raisons qui ont fait écarter la preuve testimoniale existent en effet, dans ce cas, avec une égale force. C'est toujours un procès avec les mêmes inconvénients que le législateur a voulu prévenir. Le défaut d'un acte écrit faisant preuve complète établit même la présomption que si les parties ont tenté de transiger, elles n'ont cependant pas donné à leur transaction un caractère définitif (3).

Mais comme elle peut être prouvée par l'aveu et la reconnaissance de la partie à laquelle on l'oppose, le demandeur peut déférer à son adversaire le serment litis-décisoire (4). La

(1) Discours de M. Albisson au tribunat.—Voy. LOCRÉ, T. 15, pag. 431, — FENET, T. 15, pag. 115.

(2) Bordeaux, 5 fév. 1857. SIREY, 57, 2, 575.

(3) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 141, n^te 6. — TROPLONG, *Transaction*, n° 30. — Caen, 12 avril 1845. SIREY, 46, 2, 168. — *Contrà*, MERLIN, Quest., v° *Transaction*, § 3, n° 3.

(4) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 141, n^te 5. — DURANTON, T. 18, n° 406. — DELVINCOURT, T. 3, pag. 477.— FAVARD, Rép., v° *Transaction*, § 2, n° 7. — MERLIN, *ibid.*, § 8, n° 1. — Nancy, 29 juill. 1837. SIREY, 39, 2, 140. — Limoges, 6 fév. 1845. SIREY, 45, 2, 653. — *Contrà*, TROPLONG, *Transaction*, n° 29. — Montpellier, 5 déc. 1825. SIREY, 29, 1, 331.

délation de ce serment est, en effet, un moyen simple et facile de terminer toute contestation. Peu importe que l'article 2044 contienne une dérogation au droit commun. Il faudrait établir que non seulement il déroge aux articles 1341 et 1347, mais encore à l'article 1358, suivant lequel le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, alors du moins que la preuve peut résulter légalement de la reconnaissance et de l'aveu des parties. Or, bien loin que toute proscription de la preuve testimoniale emporte prohibition du serment décisoire, nous voyons que l'article 1715, qui, en cas de bail, exige, comme l'article 2044, en cas de transaction, une preuve écrite, permet expressément la délation de ce serment. Il n'y a donc pas incompatibilité entre la prohibition de la preuve par témoins et la délation du serment décisoire. L'un, au contraire, supplée l'autre; ou plutôt l'inadmissibilité de l'une fait place à l'autre, si l'écriture n'est de l'essence même de la convention ou disposition qu'il s'agit d'établir. Tel est le droit commun, à moins que l'on ne prouve que l'article 1715, en autorisant la délation du serment, nonobstant la prohibition de la preuve testimoniale, contient lui-même, à cet égard, des dispositions exceptionnelles; ce qui est impossible.

On ajoute, en se fondant sur les motifs de la loi, que le serment litis-décisoire répugne à la nature de la transaction; qu'il suppose un procès sur la preuve, et que la loi ne veut pas qu'il puisse même y avoir de procès. Soit; mais, quel qu'ait été le dessein du législateur de prévenir, autant que possible, les contestations, il ne saurait se flatter de l'espoir de les empêcher toutes, et, encore moins, avoir la prétention de proscrire, lorsqu'elles sont nées, tous moyens légaux de preuve qui permettent au juge de les terminer. N'est-il pas évident que la délation du serment aboutira nécessairement à une dénégation ou à un aveu qui coupera court tout de suite au procès? Comment ce moyen de preuve serait-il inadmissible, par cela seul qu'il intervient au milieu d'un débat? Mais si cette raison était fondée, il faudrait aller jusqu'à dire que tout aveu judi-

ciaire doit être écarté, parce que, y ayant procès, ce moyen de preuve répugne à la nature de la transaction; ce qui est évidemment inadmissible; car, d'une part, en fait, les aveux n'interviennent, le plus souvent, que dans le cours d'une instance, et, d'autre part, la valeur légale de ces aveux, pourvu qu'ils soient libres, éclairés et émanés de personnes capables, n'est pas subordonnée aux circonstances au milieu desquelles ils se sont produits.

Mais de ce que nous admettons ici le serment décisoire, il ne s'ensuit point que celui qui dénie l'existence d'une transaction puisse être interrogé sur faits et articles. C'est bien de cette procédure que l'on peut dire qu'elle répugne à la nature de la transaction. Nous ajoutons que ces interrogatoires ne produisent, le plus souvent, qu'un simple commencement de preuve par écrit, et qu'ils sont ainsi frustratoires, puisque ce commencement de preuve est sans efficacité en matière de transaction (1).

Les juges peuvent, toutefois, ordonner une comparution personnelle à l'audience, interroger les parties, les entendre dans leurs explications, et essayer d'obtenir d'elles un aveu. Que si elles ne parviennent point à se mettre d'accord sur l'existence de la transaction et ses clauses particulières, les juges n'ont qu'à rejeter la demande comme n'étant pas justifiée. Ils ne sauraient en effet imposer, soit à l'une ou à l'autre, un contrat qui n'est point régulièrement formé, et sur l'existence ou les termes duquel elles sont en débat.

Nous ferons encore remarquer, à cet égard, que l'on ne doit point assimiler à une preuve régulière et complète, des demi-aveux, des demi-reconnaissances qui, étant contredits et contestés, auraient besoin d'être complétés par des présomptions et autres adminicules de preuve que la loi, en cette matière, déclare inadmissibles. Aussi, lorsqu'on poursuit un aveu judiciaire par la voie d'explications à l'audience ou de la délation du serment, doit-on poser des questions aussi simples, aussi

(1) TROPLONG, *Transaction*, n° 31.

claires que possible, et qui ne laissent aucune place à l'ambiguité ni à l'équivoque.

Quant au compromis par lequel les parties se donnent des juges de leur choix pour terminer leur différend, il doit lui-même, comme la transaction, être rédigé par écrit. Il est fait par procès-verbal devant les arbitres choisis, ou par acte devant notaire, ou sous signature privée (1005, C. pr.). Nous croyons, en conséquence, devoir appliquer à ce contrat tout ce que nous venons de dire de la transaction. Car la loi se fonde ici sur des motifs semblables pour exiger une preuve écrite, quelle que soit la valeur de la chose mise en arbitrage. Elle ne veut pas qu'un acte qui a pour objet de remettre à des tiers le soin de terminer une contestation, puisse être la cause d'une contestation nouvelle.

Du reste, s'il était allégué que l'acte constatant la transaction (1) ou le compromis a été détruit ou perdu, tous moyens de preuve seraient admissibles, conformément à l'article 1348.

42. Le nantissement civil s'écarte, sous certains rapports, des règles ordinaires, et, sous d'autres, il s'y rattache. Entre les parties contractantes, le gage est soumis aux dispositions du droit commun concernant la preuve. C'est ce qu'exprimait formellement M. Gary, organe du tribunat (2). « S'il ne s'agit, disait-il, que de l'effet que doit avoir la convention entre le créancier et le débiteur, les règles suivant lesquelles la vérité de cette convention doit être établie sont celles prescrites par la loi des contrats et obligations conventionnelles en général. »

Mais, à l'égard des tiers, il y a lieu de faire une triple distinction. S'agit-il de choses excédant la valeur de cent cinquante francs, le privilége résultant du gage n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure (2074). La rédaction de l'acte

(1) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 141.
(2) FENET, T. 15, pag. 215.

par écrit et son enregistrement ne sont ainsi prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs (2074).

S'agit-il de choses ne dépassant pas cette somme, le gage purement verbal est valable, même à l'égard des tiers, et la preuve testimoniale en est admissible (1). Le législateur a pensé que, dans une matière dont l'intérêt est si minime, il n'y a pas lieu de prendre, contre les simulations et les fraudes, des précautions qui exigent l'accomplissement de formalités coûteuses, dont le prix serait en disproportion avec l'importance de l'acte.

S'agit-il enfin de meubles incorporels, tels que les créances mobilières, le privilége ne s'établit que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage (2075). La nécessité de ces formalités particulières montre suffisamment qu'elles s'appliquent même aux créances qui ne dépassent pas cent cinquante francs (2).

L'article 2085 dispose que l'antichrèse ne s'établit que par écrit. Cette preuve littérale est exigée aussi bien à l'égard du débiteur et du créancier, qu'à l'égard des tiers, quelle que soit la valeur du fonds donné en antichrèse (3). De plus, pour être opposable aux tiers, le contrat doit avoir date certaine par l'un des moyens de l'article 1328 (4).

Ce n'est pas que l'écriture soit, à l'égard du débiteur, une condition essentielle de sa validité. L'article 2085, en exigeant une preuve écrite, se borne à proscrire la preuve testimoniale et à rejeter les conventions simplement verbales, qui, en cette matière, ainsi que le disait M. Berlier (5), pourraient devenir le prétexte de nombreux désordres. Le créancier et le débi-

(1) TROPLONG, *Nantissement*, n° 112.

(2) TROPLONG, *Nantissement*, n° 267. — DURANTON, T. 18, n° 524. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 171.

(3) TROPLONG, *Nantissement*, n° 514. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 175. — DURANTON, T. 18, n° 558.

(4) TROPLONG, *ibid.* — ZACHARIÆ, *ibid.* — DURANTON, T. 18, n° 560.

(5) FENET, T. 15, pag. 211.

teur pourront donc se prévaloir, l'un contre l'autre, de leurs aveux et reconnaissances (1).

Mais la preuve testimoniale de l'antichrèse serait inadmissible, quand bien même il existerait un commencement de preuve par écrit. Les termes de l'article 2085 sont, en effet, impératifs, absolus et exclusifs de la preuve testimoniale; car le commencement de preuve par écrit ayant besoin d'être complété par des témoignages ou des présomptions, on ne peut dire que l'antichrèse ne soit établie que par écrit, ainsi que l'exige la loi. Il faut donc que les parties justifient, sans incertitude ni équivoque, de la nature des conventions alléguées. Remarquons, au surplus, que, sous certains rapports, l'antichrèse se rapproche du bail, et qu'il convient de lui appliquer, quant à la preuve, les mêmes règles (2).

Par les mêmes considérations, nous repoussons, comme au cas de bail, l'interrogatoire sur faits et articles, et n'admettons, en l'absence d'une preuve écrite, que la délation du serment décisoire.

Mais il est incontestable que, s'il était allégué que le titre constitutif de l'antichrèse a été détruit ou perdu, la preuve de son existence serait recevable par témoins, suivant le n° 4 de l'article 1348.

43. D'après l'article 1907, le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. Si cette disposition peut s'expliquer sous l'empire d'une législation qui autoriserait les stipulations arbitraires d'intérêt, elle ne se comprend plus aujourd'hui que la loi de 1807 fixe elle-même le taux de l'intérêt légal. Mais enfin, puisqu'elle existe, il faut bien qu'elle soit exécutée, et il s'ensuit évidemment qu'elle s'applique même au cas où il s'agit d'une somme principale inférieure à cent cinquante francs (3).

Mais remarquons bien qu'il ne s'agit que du taux de l'intérêt,

(1) Troplong, *Nantissement*, n° 515. — Duranton, t. 18, n° 558.
(2) *Contrà*, Zachariæ, t. 3, pag. 175.
(3) Troplong, *Prêt*, n° 409.

et non de la stipulation de l'intérêt considérée en elle-même. Cette stipulation, abstraction faite du taux, peut être établie par tous moyens légaux de preuve, conformément aux règles ordinaires; c'est-à-dire qu'elle pourra l'être par les mêmes moyens de preuve qui seront admissibles à l'égard de la convention principale. Toutefois, si la preuve du taux de l'intérêt n'est pas administrée par écrit, comme l'exige l'article 1907, ce sera l'intérêt de droit qui sera dû au taux légal.

Cependant, M. Duranton (1) infère de cet article que la preuve par témoins d'une convention verbale d'intérêts est inadmissible, quand même il s'agirait d'une valeur au-dessous de cent cinquante francs. Il va même jusqu'à dire qu'il n'y a pas lieu à déférer le serment, ni à faire interroger le débiteur sur le fait de cette promesse d'intérêts, qui ne produit aucune action. Mais cette opinion excessive se réfute par l'article 1342. Si, en effet, d'après cet article, la preuve testimoniale n'est pas reçue au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de cent cinquante francs, réciproquement, cette preuve est recevable lorsque le capital et les intérêts réunis ne dépassent pas cette somme. La preuve testimoniale est alors indistinctement admissible pour la dette des intérêts comme pour la dette du principal. Donc, il n'est pas vrai qu'une promesse verbale d'intérêts soit inefficace et ne produise aucune action.

Quant à la prohibition de prouver par témoins le taux de l'intérêt qui a été convenu, il faut remarquer qu'aujourd'hui elle se retourne contre le débiteur; car il ne peut jamais s'agir dans ce cas, que de l'allégation d'un taux inférieur à l'intérêt légal. Or, du moment qu'il est établi contre lui que des intérêts sont dus, et qu'il n'y a de débat que sur le taux de ces intérêts, il nous semble, conformément à la loi de réciprocité, qu'il est en droit d'établir le taux de l'intérêt, par les mêmes moyens de preuve qui ont été reçus pour établir contre lui l'existence

(1) T. 17, n° 598.

de la dette en principal et intérêts. Il peut, en conséquence, soit s'autoriser de la preuve même qui a été administrée contre lui par le créancier, pour justifier que le taux de l'intérêt a été convenu, par exemple, à trois ou à quatre seulement; soit enfin suppléer la preuve écrite, que l'article 1907 exige, par l'aveu de la partie, le serment, l'interrogatoire sur faits et articles (1), et même la preuve testimoniale appuyée d'un commencement de preuve par écrit, suivant les principes du droit commun.

Il est, du reste, bien entendu que s'il s'agissait d'un taux usuraire, l'article 1907 serait inapplicable, et que la preuve testimoniale et les présomptions seraient admissibles de droit.

Article 1348.

Elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. — Cette seconde exception s'applique — 1° aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits; — 2° aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait; — 3° aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit; — 4° au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale par suite d'un cas fortuit, imprévu, et résultant d'une force majeure.

Sommaire.

1. Ordonnance de 1667.
2. L'article 1348 n'est pas limitatif.
3. Il faut qu'il y ait eu impossibilité de se procurer une preuve littérale.

(1) Troplong, *Prêt*, *ibid.* — Duvergier, *Prêt*, n° 255.

4. Quelle doit être cette impossibilité?
5. Une simple difficulté ne suffit pas.
6. Elle peut être inégale suivant les personnes. Exemple.

§ 1er.

7. Quasi-contrat. *Quid*, s'il se rattache à un contrat antérieur? Exemple.
8. Suite.
9. Gestion d'affaires. Mandat.
10. Suite.
11. Suite. On tente vainement d'éluder la loi.
12. Répétition de l'indû.
13. Suite.
14. Délits et quasi-délits.
15. Erreur, violence, dol.
16. Le dol et la fraude doivent se confondre avec la consommation même du fait juridique. Exemple.
17. Peu importe qu'il ait été l'occasion d'un dol postérieur.
18. Simulation, exemple.
19. Des fraudes à la loi.
20. Antidates ou postdates frauduleuses.
21. Des tiers, en cas de fraude à leurs droits.
22. *Secùs*, des créanciers exerçant les droits de leur débiteur.
23. Certains délits présupposent un fait civil. Faux serment. Abus de confiance.
24. Peu importe la juridiction saisie.
25. Le fait civil ne produit point de question préjudicielle dont la juridiction criminelle doive renvoyer la connaissance aux tribunaux civils.
26. L'action publique est assimilée à l'action privée, quant à la preuve,
27. Sauf les mêmes exceptions.

§ 2.

28. Dépôts nécessaires. Observation sur la rédaction de ce paragraphe.
29. Pourquoi la preuve testimoniale est admissible?
30. Dépôts faits en logeant dans une hôtellerie.
31. Suite.
32. Les juges peuvent rejeter la preuve offerte,
33. Même en cas d'incendie, naufrage, etc...
34. Cafés, billards, bains, etc...
35. Voituriers par terre et par eau. Différence.
36. *Quid*, des objets oubliés et laissés?
37. Des pièces remises aux huissiers et autres officiers publics ou ministériels.
38. Des objets remis à des artistes et ouvriers.

§ 3.

39. Accidents imprévus.
40. Perte du titre.
41. Il faut d'abord prouver le cas fortuit. Ses caractères.
42. L'allégation d'un cas quelconque de perte ne suffit pas.
43. Du cas où la perte du titre présuppose un contrat antérieur.
44. La preuve de l'évènement se confond souvent avec la preuve de la perte du titre. Exemple.
45. Tout fait de tiers est un cas fortuit, sauf appréciation.
46. Il reste à prouver la teneur du titre,
47. Mais rien au-delà.
48. Différence entre l'acte authentique et l'acte privé.
49. Du cas où l'acte est soumis à certaines formalités spéciales.
50. Sauf les cas de fraude et de soustraction, un héritier ne peut prouver par témoins que son cohéritier doit à l'auteur commun.

COMMENTAIRE.

1. A l'impossible nul n'est tenu. Tel est le principe de la nouvelle exception consacrée par notre article.

L'ordonnance de Moulins ne contenait aucune disposition spéciale à cet égard, regardant sans doute comme inutile d'énoncer ce que les règles ordinaires suppléaient d'elles-mêmes. Cependant l'ordonnance de 1667, titre 20, articles 3 et 4, disposait : « N'entendons exclure la preuve par témoins pour dépôt nécessaire, en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, ni en cas d'accidents imprévus, où on ne pourrait avoir fait des actes... ; ni pareillement pour dépôts faits en logeant dans une hôtellerie, entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse, qui pourra être ordonnée par le juge, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. »

2. Remarquez ces mots : où on ne pourrait avoir fait des actes; voilà le fondement de l'exception. Aussi la jurisprudence l'avait-elle étendue, sous l'ordonnance de 1667, à tous les cas non spécialement prévus où l'on ne pouvait avoir fait des actes. Il serait, en effet, injuste et absurde que la loi exigeât l'impossible, et exclût les parties du seul genre de preuve qui ait été à leur disposition. Les règles ci-dessus reçoivent donc encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible

au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui (1348). Et, dans ce cas, la preuve testimoniale est admissible, non seulement lorsqu'il s'agit de choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, mais encore lorsqu'il s'agit de prouver contre et outre le contenu aux actes. L'exception est générale et ne comporte aucune distinction. Nous remarquons seulement qu'il est assez difficile de comprendre comment il serait possible d'avoir à prouver quelque chose contre et outre le contenu aux actes, sauf le cas où le créancier aurait perdu le titre qui lui servait de preuve littérale.

L'énumération de certains cas auxquels s'applique cette seconde exception n'a, dans l'article 1348, aucun caractère limitatif. Comme le principe est que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve écrite, il s'ensuit que la preuve testimoniale peut être invoquée lorsque, sans se trouver dans aucun des cas énoncés dans notre article, on a été, néanmoins, dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale (1).

3. D'un autre côté, comme l'exception est fondée seulement sur l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, elle cesse toutes les fois qu'il a été possible de se procurer une preuve de ce genre, alors même que l'on se trouve dans l'un des cas spécialement énoncés dans l'article 1348. En un mot, l'admissibilité de la preuve testimoniale est subordonnée à l'impossibilité de se procurer une preuve écrite ; mais elle n'est soumise à aucune autre condition, et toute espèce où cette impossibilité existe rentre dans les dispositions de l'article 1348, comme aussi on retombe sous l'empire des règles générales relatives à la prohibition de la preuve testimoniale, lorsqu'il a été possible, quelque soit le cas, de se procurer une preuve littérale (2).

(1) FAVARD, Rép., v° *Preuve*, § 1, n° 20. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 741. — Cass., 18 mai 1841. SIREY, 41, 1, 545.
(2) FAVARD, *ibid.* — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 742.

4. Quel doit être le caractère de cette impossibilité? Le Code ne s'en explique point. Mais si l'on examine la nature de quelques-uns des cas qu'il prévoit, il est facile de se convaincre qu'il n'exige point une impossibilité physique et absolue, et qu'une simple impossibilité relative et morale peut également suffire pour faire admettre la preuve testimoniale de la part de celui qui l'invoque. Nous n'en voulons d'autre preuve que les nos 2 et 3 de l'article 1348, qui déclarent l'exception applicable aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit, en subordonnant, toutefois, l'admission de la preuve testimoniale à la qualité des personnes et aux circonstances du fait. Les juges sont donc investis, à cet égard, d'un pouvoir souverain d'appréciation, et il suffit qu'ils aient constaté, d'après les faits de la cause, une impossibilité quelconque de se procurer une preuve littérale, pour que la preuve testimoniale soit légalement admissible (1).

5. Plus le pouvoir des juges est étendu quant à l'appréciation des faits qui peuvent constituer l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, plus ils doivent y apporter de modération et de réserve. Les divers cas spécialement désignés dans l'article 1348 indiquent eux-mêmes que si cette impossibilité peut être simplement relative et morale, elle doit néanmoins être réelle. Si les dispositions de notre article n'ont rien d'exclusivement limitatif, elles servent du moins à déterminer quel doit être le caractère général de cette impossibilité. Il doit être le même que dans les cas particuliers énumérés à titre d'exemples. Une simple difficulté ne suffit pas, et ce n'est pas seulement à ceux qui ont pu facilement se procurer une preuve littérale que la loi interdit la preuve par témoins. C'est à tous ceux qui ont pu, même avec une certaine difficulté, obtenir une preuve écrite, que s'adresse cette interdiction. Il faut donc

(1) FAVARD, *ibid.* — ZACHARIÆ, *ibid.* — TOULLIER, T. 9, nos 139, 200, 203. — BONNIER, nos 110 et suiv. — Cass., 18 mai 1841. SIREY, 41, 1, 545.

effacer ce mot, facilement, dont se servait Pothier (1). Les dispositions du Code doivent être entendues plus rigoureusement.

On ne saurait non plus considérer comme une impossibilité légalement caractérisée, et conséquemment de nature à autoriser l'admission de la preuve testimoniale, celle qui ne serait fondée que sur des considérations de réserve, de politesse et d'égards, qui auraient empêché la partie qui les allègue de demander une preuve écrite. La loi, dans sa rigueur, ne fait aucune exception pour de semblables procédés, et elle ne pouvait en faire.

6. L'impossibilité, quelle qu'elle soit, de se procurer une preuve littérale peut elle-même ne pas être égale à l'égard de toutes personnes indistinctement; elle peut exister à l'égard de l'une, et non à l'égard de l'autre. Je prétends, par exemple, avoir acheté de vous un héritage, et j'offre de prouver que s'il n'a pas été rédigé d'acte de vente, c'est uniquement par la faute et la négligence du notaire chargé de sa rédaction. Je demande, en conséquence, à être admis à prouver par témoins l'existence de la convention alléguée, comme étant dans l'un des cas prévus par l'article 1348, où il m'a été impossible de me procurer une preuve littérale. La preuve testimoniale ne sera pas admissible envers vous, parce que, à votre égard, je n'ai pas été dans l'impossibilité d'obtenir une preuve écrite de la vente, puisque je pouvais retirer de vous, soit un acte privé, soit un acte authentique, en recourant au ministère d'un autre notaire, à défaut de celui auquel je m'étais d'abord adressé, et dont mon intérêt me faisait un devoir de surveiller la conduite.

Mais, à l'égard de l'officier public qui a négligé ou omis de rédiger la vente, je serai admis à prouver par témoins les faits de négligence et d'incurie que j'allègue de sa part. L'obligation que je prétends établir contre lui se fonde, en effet, sur un délit ou un quasi-délit qui lui est personnellement impu-

(1) *Oblig.*, n° 775.

table, et dont je n'ai pu obtenir vis-à-vis de lui une preuve littérale (1).

Entrons maintenant dans le commentaire de chacun des paragraphes de notre article.

§ 1er.

7. La seconde exception qu'il pose s'applique, 1° aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits (1348).

Si jamais il est impossible de se procurer une preuve écrite, à coup sûr, c'est lorsqu'il s'agit de faits purs et simples dont les résultats matériels produisent, dans les rapports entre les personnes, des conséquences juridiques. Les faits de cette nature sont donc susceptibles d'être prouvés par témoins, quelque soit l'intérêt que présente leur constatation. Tels sont les faits de possession, de culture, de jouissance, d'enlèvement de fruits et autres de cette nature, qui ne supposent, à l'égard des parties entre lesquelles se meut la contestation, l'intervention d'aucun lien de droit contractuellement formé.

Mais, du moment qu'il ne s'agit plus seulement d'un fait pur et simple, et qu'on prétend, au contraire, caractériser ce fait et ses conséquences par un contrat dont on invoque l'existence, et auquel on prétend le rattacher, la preuve testimoniale en sera bien encore admissible. Mais l'admission de cette preuve sera modifiée dans ses résultats par l'existence des liens contractuels qui sont allégués. Je puis prouver par témoins que j'ai possédé, cultivé, ensemencé tel héritage. Mais si je prétends rattacher ces actes de possession à un contrat de vente qui m'aurait été consenti, je ne pourrai établir l'existence de ce contrat qu'au moyen d'une preuve écrite, conformément à l'article 1341. Ma possession, prouvée par témoins, aura sans doute pour conséquence juridique de m'autoriser à réclamer le remboursement des frais de culture contre le véritable propriétaire, auquel j'aurai restitué la chose et les fruits. Mais elle

(1) Limoges, 4 juin 1840. SIREY, 40, 2, 491.

n'aura pas pour effet d'établir la preuve, ou même un commencement de preuve légale de l'existence du contrat de vente par lequel je prétends caractériser ma possession.

Je suis de même recevable à prouver par témoins que j'ai possédé jusqu'à telle limite, à l'effet d'établir la prescription en ma faveur. Mais si je prétends expliquer mes faits de possession, insuffisante pour prescrire, par une convention de bornage dont j'allègue l'existence, je ne pourrai en administrer qu'une preuve écrite, suivant l'article 1341. Car il s'agit alors non plus d'un fait pur et simple, mais d'un lien juridique contractuel qui sert à le caractériser dans son principe et dans ses effets.

De même enfin lorsque, s'agissant de l'exécution d'un contrat, je prétends que mon adversaire a été en faute en manquant des soins dont il était tenu, je puis bien prouver par témoins la contravention que j'allègue. Mais la preuve testimoniale du contrat auquel je veux la rattacher, comme constituant une faute contractuelle, ne sera admissible que si l'objet de ce contrat est d'une somme ou valeur qui ne dépasse pas cent cinquante francs, à moins qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit.

8. Nous pouvons conclure en posant ce principe général, dont les exemples qui précèdent suffisent pour faire comprendre toute la portée : Lorsque le fait qui forme le sujet de la contestation, considéré dans son ensemble, comprend à la fois un fait pur et simple et une convention quelconque, la preuve de chacun des éléments qui le composent n'est admissible que conformément aux règles générales que nous avons déjà établies ; c'est-à-dire que le fait pur et simple pourra être prouvé par témoins, tandis que le lien juridique contractuel devra être prouvé au moyen d'un acte écrit, si son objet est d'une somme ou valeur supérieure à cent cinquante francs. Ainsi se combinent les principes rigoureux du droit, suivant qu'il a été impossible ou, au contraire, possible de se procurer une preuve littérale, eu égard au caractère particulier et à la nature propre

de chacun des éléments qui entrent dans la composition du fait. Nous allons retrouver l'application de ce principe en matière de délits ou de quasi-délits.

9. Les obligations qui naissent des quasi-contrats se forment en général sans le concours et la participation de la personne envers laquelle elles sont contractées. Il lui est, dès lors, impossible de s'en procurer une preuve écrite. La preuve testimoniale est donc admissible de la part du maître, non seulement pour établir le fait de la gestion d'affaires, mais encore chacun des éléments particuliers de cette gestion, ainsi que les conditions spéciales de chacun de ces éléments, qui entrent dans la reddition générale de compte (1).

Le mandant pourrait lui-même, en dehors de la preuve du mandat qui reste sous l'empire des règles générales, établir par témoins les faits particuliers qui se rapportent à son exécution ; par exemple, les actes de mauvaise administration, de détournements, de dissimulations, d'emplois de deniers à la charge du mandataire. Car, de toutes ces choses, il ne lui a pas été possible d'avoir une preuve écrite (2).

Peu importe que le maître dont la chose a été gérée par un tiers ait connu ou non la gestion. Soit qu'il l'ait ignorée, ou qu'il ait pu, la connaissant, s'y opposer, dans tous les cas, comme il n'est intervenu entre lui et le gérant aucun contrat formel, qu'il n'y a eu qu'une succession de purs faits d'administration dont il n'a pas été possible de retirer une preuve écrite, la preuve testimoniale est admissible, à quelque somme que la demande puisse monter (3). Le silence du maître peut constituer une adhésion aux actes du gérant; mais il ne saurait équivaloir à une convention de mandat, seul cas où l'accord des parties permet à l'une et à l'autre de retirer une preuve littérale.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 778. — Toullier, t. 9, n° 141. — Zachariæ, t. 5, pag. 742. — Bonnier, n°s 99 et suiv.

(2) Toullier, t. 9, n° 141.

(3) *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 357.

La preuve testimoniale est également admissible de la part du gérant et du maître. Les termes absolus de l'article 1348 établissent entre eux une parfaite réciprocité, et ne comportent aucune distinction.

Quant aux obligations qui naissent de faits et d'actes qui ont eu pour conséquence de causer un bénéfice à l'égard de tiers, il est plus sensible encore qu'elles peuvent être établies par témoins. Soit donc qu'il s'agisse d'une action *negotiorum gestorum*, pour gestion d'affaires, ou *de in rem verso*, pour profit réalisé, les faits sur lesquels elle est fondée sont toujours susceptibles d'être prouvés par témoins.

10. Il n'est pas toujours facile de distinguer les faits de gestion simple de ceux qui constituent une véritable exécution de mandat. Lorsqu'il s'agit de faire cette distinction, il ne faut jamais perdre de vue ce principe essentiel, que la gestion d'affaires est un pur fait, tandis que le mandat est une convention.

Un notaire s'interpose spontanément pour procurer le placement de fonds appartenant à un tiers. C'est là un fait de gestion d'affaires qui pourra être établi par témoins contre lui, à l'effet de le rendre responsable du dommage qu'il a causé au prêteur, en ne s'assurant pas avec une exactitude suffisante de la solvabilité des emprunteurs et de la valeur des garanties fournies par eux (1).

Que si, au contraire, on excipe contre lui de l'inexécution d'un prétendu mandat qui lui aurait été donné, et dont il se serait chargé, il faut alors le prouver suivant les règles ordinaires. Tel est le cas où l'on prétend qu'il devait, avant de régulariser un contrat de vente, retirer un état des inscriptions ou prendre toute autre précaution convenue (2).

Le plus souvent, la nature des imputations servira à expliquer le véritable caractère du fait, mandat ou gestion d'affaires. Si des faits de négligence et d'omission sont seuls re-

(1) Cass., 19 mars 1845. Sirey, 45, 1, 262.
(2) Lyon, 18 juill. 1845. Sirey, 46, 2, 167.

levés, il y aura plutôt apparence de mandat, parce qu'ils s'accordent mieux avec un contrat de cette espèce qu'avec une gestion d'affaires, qui suppose une immixtion active dans les affaires d'autrui.

11. On a souvent essayé d'éluder les prohibitions de la loi, en offrant de prouver d'abord, par témoins, des faits de l'existence desquels on prétend ensuite déduire la preuve d'une convention, par exemple, d'un mandat tacite. Les juges doivent déjouer cette fraude à la loi, en repoussant la preuve testimoniale. Il n'est pas, en effet, permis de faire indirectement ce qu'il est défendu de faire d'une manière directe. Mais si les faits dont on offre la preuve ne sont point contestés, s'ils sont établis par des aveux ou des actes, alors le juge peut, après en avoir ainsi acquis une connaissance légale, leur donner leur véritable signification, et en déduire la preuve du contrat allégué (1).

Cette règle s'applique également au cas où l'avoué ayant besoin, suivant l'article 352, C. pr., d'un pouvoir spécial de son client, pour un acte de son ministère, la matière excède la valeur de cent cinquante francs. La preuve testimoniale en est irrecevable (1341, 1985), sans que les faits de la cause desquels on prétend faire découler la preuve du mandat, puissent l'établir légalement (2), s'ils ne sont eux-mêmes reconnus et avérés.

12. L'exception dont nous nous occupons ici ne s'applique pas, du moins en général, au quasi-contrat résultant de la réception de l'indû. En effet, celui qui exerce une action en répétition de ce qu'il prétend avoir payé indûment et par erreur, doit commencer par établir, conformément aux règles ordinaires, le payement qu'il allègue. Vis-à-vis de celui qui a reçu, et qu'il considérait comme véritablement créancier, il s'est trouvé dans la même position qu'en face d'un créancier réel.

(1) TROPLONG, *Mandat*, nos 142 et 143.

(2) CASS., 11 juill. 1851. SIREY, 51, 1, 590.

Il pouvait et devait, en conséquence, retirer une quittance écrite (1).

S'il ne se fait point remettre une quittance de cette nature, il pourra cependant y suppléer par la remise du titre ou de la grosse du titre constitutif de la créance. La possession de cet acte instrumentaire faisant preuve ou présomption du payement (1282-1283), suffira pour fonder son action en répétition de l'indû (2).

Si la chose délivrée en payement consistait en un corps certain et déterminé, qui pût être l'objet d'une action en revendication de la part de celui qui prétend avoir payé ce qu'il ne devait pas, la preuve testimoniale serait admissible, et voici comment : Celui qui exerce l'action en répétition de l'indû revendique le corps certain qu'il a payé, et prétend que la chose possédée par le défendeur est sa propriété ; tous chefs de contestation, possession du défendeur, propriété du demandeur, identité de la chose, qui sont susceptibles d'être établis par témoins. Or, le défendeur étant supposé avoir reçu le payement sans être réellement créancier, il s'ensuit qu'il ne peut, par aucune justification contraire, échapper à l'action du demandeur, quoique ce dernier n'ait fait constater le payement par aucune espèce d'acte.

13. Supposons encore que, me croyant réellement débiteur, je paye par erreur la dette d'un autre. Dans ce cas, j'ai le droit de répétition contre le créancier, à moins qu'il n'ait supprimé son titre par suite du payement (1377). Dès lors, je n'ai de recours que contre le véritable débiteur. Je pourrai néanmoins, malgré la suppression du titre, établir par témoins l'existence de la dette de ce dernier. Je suis, en effet, dans l'exception posée dans le dernier paragraphe de l'article 1348 ; et, d'autre part, on ne saurait admettre que l'article 1377 ne m'ait accordé contre le véritable débiteur qu'un recours illusoire, si la preuve

(1) Duranton, t. 13, n° 358. — Zachariæ, t. 5, pag. 742.
(2) Zachariæ, t. 5, pag. 743.

testimoniale n'était pas admissible, après la suppression du titre, pour établir l'existence de sa dette (1).

14. Quant aux obligations qui naissent des délits ou quasi-délits, la preuve testimoniale peut toujours en être invoquée. Car il est évident que le créancier n'a pu s'en procurer la preuve littérale.

Ces mots, de délits et de quasi-délits, ont une acception fort étendue; ils comprennent tous les faits qui, sans constituer, d'après la loi criminelle, une contravention, un délit ou un crime, causent à autrui un dommage dont leur auteur est responsable, soit qu'il ait agi ou non avec l'intention de nuire. Nous ne les considérons ici qu'au point de vue des obligations juridiques qui en naissent à l'égard des parties lésées, et de l'action civile à laquelle elles servent de fondement.

L'admissibilité de la preuve testimoniale ne présente aucune difficulté, lorsque les délits ou quasi-délits ne se rattachent à l'existence d'aucune convention antérieurement formée entre ceux qui les ont commis et ceux qui en éprouvent un dommage. Alors, au contraire, que leur perpétration se lie à l'existence, l'exécution ou l'inexécution du contrat ou de tout autre acte juridique, il n'est pas toujours aussi facile de décider la question d'admissibilité ou d'inadmissibilité de la preuve testimoniale. Le principe qui doit servir de règle se trouve posé en tête de notre article : Le créancier a-t-il pu, oui ou non, se procurer une preuve littérale? Voilà toute la question, et elle se reproduit incessamment.

15. On ne saurait douter que la partie qui attaque de nullité un acte pour cause d'erreur, de violence ou de dol, ne puisse établir par témoins l'existence des différents vices de consentement qu'elle allègue. Car elle a été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale, soit que l'acte soit authentique ou privé (2).

(1) Zachariæ, *ibid.*

(2) Toullier, t. 9, nos 172 et suiv. — Zachariæ, t. 5, pag. 745. — Merlin, Rép., vo *Dol*, no 6. — Favard, Rép., vo *Preuve*, § 1, no 6. —

Seulement, s'il s'agit d'un acte authentique, et que les allégations d'erreur, de violence, de dol, de fraude et de simulation, reposent sur des faits qui soient en contradiction avec les énonciations de l'acte, alors il est nécessaire de se pourvoir par la voie de l'inscription de faux (1).

16. On a souvent tenté d'éluder, à la faveur d'une allégation de dol, les prohibitions de l'article **1341**. Mais il ne suffit pas qu'un dol quelconque ait existé pour que la preuve testimoniale soit admissible; il faut que le dol soit tel que les manœuvres qui le constituent aient eu pour résultat de surprendre le consentement de celui qui prétend l'établir.

Voici une espèce : Catherine Vianès remet à Lezin-Delpech des billets pour que l'endossement en blanc soit rempli en son nom. Cette remise est provoquée et déterminée par des manœuvres frauduleuses. Lezin-Delpech remplit les endossements à son profit, et soutient ensuite que les billets sont sa propriété. La preuve testimoniale sera-t-elle admissible de la part de Catherine Vianès? Oui, a décidé la Cour de cassation (2), par le motif « qu'au fond il ne s'agit pas, dans l'espèce, de la violation d'un dépôt volontaire; que le fait déclaré constant par l'arrêt attaqué constitue uniquement un détournement de valeurs dont la remise a été provoquée et déterminée par des moyens de fraude; qu'en s'appropriant ces valeurs par suite de ladite remise, Lezin-Delpech n'a fait que réaliser le bénéfice des manœuvres frauduleuses qui l'ont précédée; d'où il suit que c'est au moment même où elles ont eu lieu que remonte le délit dont il s'est rendu coupable. »

La preuve testimoniale a été ainsi déclarée admissible, parce que les manœuvres dolosives, se confondant avec la consommation même de l'acte, ont eu pour effet de surprendre le con-

Cass., 20 déc. 1832. Sirey, 33, 1, 344. — 3 juin 1835. Sirey, 35, 1, 428. — 4 fév. 1836. Sirey, 36, 1, 839. — 28 nov. 1838. Sirey, 39, 1, 813.

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 752. — Toullier, t. 9, nos 175 et suiv.

(2) 27 mai 1837. Sirey, 38, 1, 187.

sentement de la partie. Elle a été, en effet, réellement dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale.

Autre espèce : Humbert était débiteur envers Vibrac d'une somme de trois cents francs, en vertu d'une reconnaissance sous signature privée. Vibrac demande à son débiteur un titre écrit sur papier timbré, en échange de la simple reconnaissance. Humbert y consent, se fait remettre la reconnaissance, et donne à Vibrac un billet dans lequel il n'avait porté que cent francs. Poursuivi pour abus de confiance, il fut condamné, suivant l'article 408, C. p., par la Cour d'appel de Nancy. Pourvoi de sa part. Il prétend que le titre lui avait été remis volontairement par Vibrac ; que cette remise volontaire, aux termes de l'article 1282, établissait une présomption de libération contre laquelle la preuve testimoniale n'était pas admissible ; qu'enfin l'abus de confiance prétendu présupposait l'existence d'un acte civil dont la preuve par témoins n'était recevable qu'autant qu'il eût existé un commencement de preuve par écrit. Le pourvoi fut rejeté, parce que la Cour de cassation plaça l'espèce dans l'un des cas d'exception prévus par l'article 1348, « attendu qu'il résultait des termes de l'arrêt qu'il y avait eu fraude de la part du débiteur dans le fait qui avait donné lieu à la remise non spontanée du billet, comme dans l'abus qui avait été fait par lui de cette remise ; que, dès lors, l'appropriation frauduleuse ainsi déterminée et ainsi caractérisée rentrait dans le cas d'exception prévu par l'article 1348, C. Nap., combiné avec l'article 1353 du même Code (1) ».

Dans les cas ordinaires de dol, les manœuvres touchent au fond même de l'acte, sans se référer au mode de sa constatation. Vous me déterminez par dol à vous vendre ma propriété ; ce qui ne m'empêche pas de vous en passer acte d'une façon parfaitement régulière en apparence : Voilà une espèce qui diffère essentiellement de celles que nous venons de rappeler. Dans celles-ci, en effet, le dol a porté tout à la fois sur le fond même de la convention et sur la manière de la constater. Il a

(1) 14 juill. 1843. Sirey, 43, 1, 806.

provoqué et déterminé la remise des valeurs, sans rédaction d'aucun acte écrit constatant cette remise. Cependant, dans l'une et l'autre hypothèse, la preuve par témoins est également admissible, parce que le consentement n'a été également ni libre ni spontané, et que le détournement des choses remises et confiées, sans preuve écrite, est un fait en dehors de toute prévoyance de la part de la partie lésée. C'est précisément ce qui a lieu en matière d'escroquerie (405, C. p.), laquelle ne se distingue du dol ordinaire que par l'intensité et les caractères plus graves de la fraude.

Par les mêmes raisons, la preuve par témoins est recevable lorsque le dol a été pratiqué en vue de déterminer la personne qui en est la victime à ne point exiger une preuve littérale. Tel est le cas où, vous souscrivant des billets de complaisance, ou faisant avec vous tout autre acte simulé, vous me décidez, au moyen de manœuvres dolosives et frauduleuses, à ne point retirer de preuve écrite de la simulation convenue. Ici le dol ne concerne point le fond du contrat; il ne touche qu'au mode de sa constatation. Cependant, comme ce sont vos manœuvres qui ont égaré ma raison et déconcerté ma prévoyance, je serai admis à les établir au moyen de la preuve testimoniale.

Tel serait encore le cas où, obtenant de moi la remise de fonds ou valeurs, vous parvenez par dol à me déterminer à ne point en prendre une preuve écrite. Je pourrai prouver par témoins les manœuvres pratiquées par vous à mon égard, et, par les mêmes moyens, établir le fait de la remise, bien que, en l'absence de toute circonstance de dol, il ne fût pas susceptible de ce genre de preuve.

Pour nous résumer sur ce point, nous disons donc que la preuve testimoniale est admissible sur les faits de dol, contemporains à la consommation du contrat, lorsque les manœuvres employées ont eu pour résultat de surprendre le consentement de la partie, soit sur le fond même de l'acte, soit sur le mode de sa constatation (1).

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 746. — Toullier, t. 9, nos 186 et 187. — Cass., 22 août 1840. Sirey, 41, 1, 255.

17. Mais si, en dehors de toute surprise de consentement, et sous le seul prétexte que le contrat dont l'existence est alléguée a été l'occasion d'un délit ou d'un quasi-délit, on prétend établir ce contrat au moyen de la preuve testimoniale, on n'y sera pas reçu, s'il n'est point par lui-même de nature à être prouvé par témoins. Il faut, en effet, ne pas confondre la preuve du dol avec la preuve du contrat qui en a été l'occasion. Le dol pourra sans doute être prouvé par témoins, puisqu'il a été impossible de s'en procurer une preuve écrite. Mais, quant au contrat préexistant qui y a donné lieu, la même impossibilité n'existant pas, la preuve testimoniale est inadmissible. Dans ce cas, la partie contractante a pu et dû, puisque son consentement n'a été surpris ni sur le fond de la convention, ni sur la manière de l'établir, en retirer une preuve écrite. Peu importe que cet acte ait donné lieu plus tard, après sa consommation, à des manœuvres de fraude et de mauvaise foi qui constituent un délit ou un quasi-délit; elles ne sauraient autoriser l'admission de la preuve testimoniale sur l'existence du contrat qu'elles présupposent, et sans lequel elles n'auraient pas existé (1). Nous reviendrons sur ce point.

18. Les questions de cette nature s'élèvent fréquemment à l'occasion et à la suite d'actes simulés. Les simulations offrent elles-mêmes une grande variété; mais elles ont toutes ce trait commun de ressemblance, qu'elles déguisent la vérité. Elles s'appliquent tantôt à la nature, à la cause, à la réalité même de la convention ou disposition; tantôt elles concernent son exécution seulement. La preuve testimoniale n'en est pas indistinctement admissible.

La simulation a-t-elle été provoquée et déterminée par des manœuvres frauduleuses; la preuve par témoins pourra être invoquée et reçue, ainsi que nous venons de le voir pour le cas de dol, afin d'établir la réalité et la sincérité de l'acte.

Il suffit même, dans certains cas, d'une simple présomption

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 746.—Toullier, t. 9, n°s 179 et suiv., 190. — Cass., 20 avril 1844. Sirey, 44, 1, 848.

de dol ou de contrainte, pour que la preuve testimoniale soit admissible. Ainsi, une femme mariée concourt à l'aliénation de ses propres, et une partie du prix est dissimulée dans l'acte de vente. Alors même qu'elle aurait participé sciemment à cette dissimulation, elle ne cesse pas d'être fondée à l'établir par témoins et à réclamer le véritable prix. La loi lui accordant d'une manière absolue la récompense du prix de son immeuble aliéné par elle et par son mari conjointement (1437, 1450), elle ne peut être privée d'une partie de cette récompense, par suite d'une dissimulation qui n'est le plus souvent, de sa part, que le résultat forcé de l'ascendant marital (1).

Mais si la simulation a été, au contraire, volontairement consentie, avec connaissance, sans erreur, dol ni violence, celui qui prétend que l'acte est simulé dans son ensemble, ou dans une ou plusieurs de ses énonciations, ne devra pas être reçu à la prouver par témoins. C'est qu'il lui a été possible de se procurer une preuve littérale de la simulation, soit en rétablissant dans une contre-lettre la sincérité de l'acte, soit en se garantissant de toute autre manière contre les conséquences de la simulation et du déguisement.

Quelques exemples feront mieux comprendre le principe. Dans un contrat de mariage ou dans tout autre acte, l'une des parties reconnaît avoir reçu une somme de..., dont elle donne quittance. Un donateur déguise une donation sous la forme d'un contrat de vente, dont le prix est quittancé par l'acte. La preuve testimoniale sera inadmissible pour établir que, en réalité, la somme n'a pas été payée, et que la vente constitue au fond une donation véritable (2).

Quelle que soit la mauvaise foi de celui qui abuse de la simulation de l'acte, soit pour exiger la restitution d'une dot qui, quoique quittancée, n'a pas été payée du tout, soit pour exercer

(1) Toullier, t. 12, n° 345.—Troplong, *Contrat de mariage*, n° 1162. — Cass., 14 fév. 1843. Sirey, 43, 1, 193. — Besançon, 21 juin 1845. Sirey, 46, 2, 451.

(2) Toullier, t. 9, n° 178 et suiv.

une action en garantie contre un donateur prétendu, pour cause d'éviction, avec dommages et intérêts et restitution d'un prix non payé; comme ce n'est là qu'un acte de mauvaise foi simple, postérieur à la passation du contrat, à laquelle il ne s'est d'ailleurs mêlé aucune manœuvre frauduleuse pour surprendre le consentement, l'exception de l'article 1348 cesse, puisqu'il a été également possible à toutes parties de retirer une preuve écrite de la simulation. Elles peuvent bien être relevées, au moyen de la preuve testimoniale, de l'erreur, du dol et de la violence, en un mot, des vices de consentement; mais elles ne sauraient l'être de même des actes qui ne sont que le résultat de leur imprévoyance et de leur incurie (1).

Ainsi, un débiteur se fait remettre quittance de sa dette, en promettant d'en effectuer le payement. Cependant, il ne paye pas, et se prévaut de la quittance. S'il n'existe aucune autre manœuvre frauduleuse antérieure ou simultanée avec la remise de cette quittance, qui ait eu pour effet de surprendre et tromper le créancier, ce fait ne constitue point le délit d'escroquerie (2), et le créancier n'est pas recevable à prouver par témoins que la dette est encore due, contrairement aux énonciations de la quittance. En l'absence de toute manœuvre frauduleuse et dolosive qui l'ait déterminé à se prêter à la simulation, la mauvaise foi simple du débiteur, postérieure à l'acte, n'autorise point l'admission de la preuve testimoniale.

Tel est encore le cas où je déguise une donation sous la forme d'un engagement dont la cause est simulée. Je ne pourrai pas établir par témoins la simulation. Mais si elle est reconnue de toutes parties, la preuve testimoniale est admissible pour établir la cause véritable de l'obligation. Ainsi, je souscris un billet qui déguise une libéralité; plus tard, sur l'action en payement dirigée contre moi, il est reconnu que la cause qui y est

(1) Duranton, t. 10, n° 357. — Zachariæ, t. 5, pag. 748. — Cass., 8 janv. 1817. Sirey, 17, 1, 151. — 6 août 1828. Sirey, 28, 1, 305. — 30 avril 1838. Sirey, 38, 1, 437.

(2) Cass., 10 mai 1850. Sirey, 50, 1, 816.

exprimée est simulée; je pourrai, dès lors, établir par témoins que l'obligation n'avait été souscrite que pour assurer à l'un de mes enfants, décédé depuis, un avantage excédant la quotité disponible (1).

19. Si la preuve testimoniale est inadmissible pour établir la simulation simple, ce n'est que lorsqu'elle n'a pas eu pour objet de déguiser une fraude à la loi. Si, au contraire, tel a été son but, celui des contractants qui a intérêt à établir la simulation peut la prouver par témoins ou par présomptions, du chef même du vice qu'elle avait pour objet de couvrir.

Il y a fraude à la loi toutes les fois que l'on dissimule la cause de l'acte, ou que l'on en déguise le caractère pour échapper à l'application de ses dispositions irritantes. Quelquefois, les clauses mêmes du contrat, leur combinaison et leur rapprochement fournissent un commencement de preuve de la simulation. Tel est le contrat pignoratif qui sert à masquer une antichrèse exorbitante, en violation de l'article 2088. Il n'y a pas de doute que, en pareil cas, la preuve testimoniale ne soit admissible pour compléter la preuve d'un déguisement frauduleux que le contrat commence par signaler lui-même.

Mais, le plus souvent, l'acte n'en fournit par lui-même aucune espèce de preuve. Sa cause est si bien dissimulée, son caractère si parfaitement déguisé, qu'à s'en tenir aux apparences seules, il est impossible d'y découvrir le moindre indice d'une fraude concertée envers la loi. Or, nous disons que la preuve testimoniale ne laisse pas d'être admissible pour l'établir. Car toute fraude à la loi contient en même temps une fraude à la personne, puisqu'elle tend, au moyen d'une simulation, à lui enlever le bénéfice de la nullité de l'acte, que la loi prononce d'une manière absolue ou relative, soit dans l'intérêt des bonnes mœurs et de l'ordre public, soit dans un but d'utilité générale, soit enfin dans un intérêt de protection à l'égard de certains droits particuliers et personnels. L'article 1353 admet même les simples présomptions lorsqu'il s'agit de

(1) Cass., 8 avril 1835. Sirey, 36, 1, 37.

dol et de fraude, et il ne distingue point entre la nature de la fraude; qu'il s'agisse d'une fraude à la partie ou d'une fraude à la loi, peu importe. Ses dispositions sont absolues, et elles devaient l'être, puisque toute fraude à la loi implique une fraude à la partie. D'autre part, comme les simples présomptions ne sont admises comme éléments de preuve que dans les cas où la preuve testimoniale est elle-même admissible, les admettre en matière de fraude, c'est également admettre la preuve par témoins.

Mais cette admission de la preuve testimoniale, lorsqu'il s'agit de fraude à la loi, n'est elle-même que la conséquence des principes généraux du droit. D'abord, on ne comprend guère comment le législateur, dont la première préoccupation comme le premier devoir est d'assurer autant que possible l'exécution de ses dispositions, et de déjouer les simulations frauduleuses à l'aide desquelles on tenterait de les éluder, comment le législateur n'aurait point admis la preuve testimoniale et les simples présomptions pour démasquer des fraudes dont le succès serait, le plus souvent, assuré par l'impossibilité d'en produire une preuve littérale. Quelque défiance que lui inspire la preuve testimoniale, quelque crainte qu'il ait de la subornation et du mensonge, cette défiance et cette crainte ont dû disparaître devant le danger plus sérieux d'encourager les fraudes à la loi, et d'en assurer le triomphe par l'impossibilité de les découvrir.

Nous disons l'impossibilité; car, quelque volontaire que l'on suppose la participation commune des contractants à l'acte simulé, il ne leur était pas possible moralement d'en obtenir une preuve écrite. Demander en effet, en pareille circonstance, une reconnaissance mutuelle de la simulation frauduleuse, ce serait manifester clairement l'intention de ne contracter que pour la forme, et de se réserver, pour en user plus tard, le moyen d'éluder l'engagement en démasquant la fraude qu'il contient envers la loi. Le but de la simulation est, au contraire, de déguiser, afin d'en assurer autant que possible l'exécution, un acte illicite et nul sous les apparences d'un acte va-

lable et obligatoire. Ce ne serait plus un déguisement ni une simulation, si les parties elles-mêmes prenaient soin de rédiger, parallèlement à l'acte frauduleux et simulé, un autre acte qui en rétablit la vraie cause et le véritable caractère. A la différence des simulations ordinaires, toute idée de contre-lettre est donc inconciliable avec la rédaction d'un acte destiné, par suite d'un concert commun, à couvrir une fraude à la loi. Ainsi, nous avons raison de dire qu'il y a impossibilité morale d'en avoir une preuve écrite, et, dès lors, nous nous trouvons pleinement sous l'application de l'exception consacrée par l'article 1348 (1).

La jurisprudence a établi ce principe dans de nombreux monuments. Elle l'a notamment appliqué aux cas où, sous les apparences d'un acte licite et valable quant à sa cause et à son objet, les parties ont dissimulé une dette de jeu (2), un dédit de mariage (3) ou une perception d'intérêts usuraires (4).

Les donations, déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, sont, d'après le même principe, révoquées pour survenance d'enfants, de même que les donations ouvertes, sur la poursuite du donateur (5) ou de ses enfants (6).

Pareillement, le mari peut établir que l'acte par lequel il se reconnaît débiteur envers sa femme d'une somme qu'il aurait

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 748. — BONNIER, n° 643.

(2) LOCRÉ, T. 15, pag. 174.—DURANTON, T. 18, n° 107, et T. 13, n° 332. —MERLIN, Rép., v° *Jeu*, n° 4.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 752, et T. 3, pag. 79. —TROPLONG, *Cont. aléat.*, n° 64. — Cass., 29 déc. 1814. SIREY, 16, 1, 212. — 3 nov. 1826. SIREY, 27, 1, 66.

(3) Voy. 1227, n° 3. — Cass., chambres réunies, 7 mai 1836. SIREY, 36, 1, 574. — 11 juin 1838. SIREY, 38, 1, 494. — Nîmes, 25 janv. 1839. SIREY, 39, 2, 177.

(4) DURANTON, T. 13, n° 332. — TOULLIER, T. 9, n° 193. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 100, et T. 5, pag. 751.—Cass., 2 déc. 1813. SIREY, 14, 1, 30. — 28 juin 1821. SIREY, 22, 1, 269. — 22 mars 1824. SIREY, 25, 1, 43. — 18 fév. 1829. SIREY, 29, 1, 96.

(5) Montpellier, 12 juin 1834. SIREY, 35, 2, 24.

(6) Nîmes, 26 nov. 1828. SIREY, 29, 2, 112. — Cass., 6 nov. 1832. SIREY, 32, 1, 801.

touchée comme faisant partie de sa dot, contient une donation déguisée qu'il peut dès lors révoquer, suivant l'article 1096 (1).

La même règle a été enfin appliquée aux cas où les parties auraient essayé, au moyen d'une antidate, à échapper à la nullité du contrat de rente viagère prononcée par l'article 1975 (2), ou dissimulé dans un traité secret un supplément de prix pour transmission d'office, en dehors du traité ostensible soumis à l'approbation du gouvernement (3).

20. On ne saurait non plus douter que les mineurs, les interdits, les femmes mariées et autres incapables ne soient admis à établir par témoins les postdates ou antidates, et autres manœuvres de simulation et de fraude, au moyen desquelles on aurait essayé de masquer leur incapacité personnelle. Ici la fraude à la loi se confond avec la fraude à la personne. Ce point est hors de toute contestation.

21. Quant aux tiers qui attaquent comme frauduleux et simulé à leur préjudice l'acte qu'on leur oppose, il n'y a pas de doute qu'ils sont recevables à prouver par témoins et par présomptions la simulation et la fraude. Car ils ont été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale. Telle est la situation des créanciers qui attaquent en leur nom personnel, conformément à l'article 1167, les actes de leur débiteur comme faits en fraude de leurs droits (4);

Des héritiers réservataires qui prétendent que l'acte qu'on leur oppose contient une donation déguisée au préjudice de leur réserve légale et en fraude de la loi (5);

(1) Limoges, 28 fév. 1839. SIREY, 39, 2, 375.

(2) TROPLONG, *Cont. aléat.*, n° 269. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 83. — — Cass., 15 juill. 1824. SIREY, 25, 1, 46.

(3) Nîmes, 10 juin 1847. SIREY, 48, 2, 147. — Lyon, 17 nov. 1848. SIREY, 49, 2, 334.

(4) POTHIER, *Oblig.*, n° 766. — DURANTON, T. 13, n° 338. — TOULLIER, T. 9, n°s 164 et suiv., 190. — Cass., 24 mars 1829. SIREY, 29, 1, 135. — 5 janv. 1831. SIREY, 31, 1, 8.

(5) TOULLIER, *ibid.* — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 747. — Cass., 10 juin

Des héritiers, quels qu'ils soient, qui prétendent que les actes de leur auteur, dont on se prévaut contre eux, contiennent des dispositions à titre gratuit au profit de personnes incapables de recevoir, soit à l'aide de personnes interposées, soit sous les apparences de contrats à titre onéreux (1).

22. Mais les créanciers qui se bornent à exercer les droits de leur débiteur, en son lieu et place, conformément à l'article 1166, ne peuvent invoquer d'autre genre de preuve que leur auteur. Ils en sont, en effet, les ayants-cause, du moment qu'ils n'exercent aucun droit qui leur soit propre, et qu'ils n'agissent point en leur nom personnel. La preuve testimoniale est donc admissible ou inadmissible de leur part, suivant qu'elle l'est également de la part de celui dont ils exercent les droits.

23. Nous devons revenir en terminant sur une question que nous n'avons fait pour ainsi dire qu'effleurer.

Il y a certains délits dont la consommation suppose la préexistence d'un fait juridique. Ainsi, le faux serment n'existe qu'à la condition de la vérité du fait dont il avait l'affirmation ou la dénégation pour objet; l'abus de blanc-seing ou de confiance n'existe de même que tout autant qu'un blanc-seing ou autres choses ont été remises et confiées. Il y a donc là deux ordres de faits différents : un fait civil d'abord, puis un fait criminel. Or, nous allons établir que chacun d'eux n'est susceptible que du genre de preuves admises, soit par le droit civil, soit par le droit criminel.

Quant à la partie lésée, il est de toute évidence que, pour

1816. Sirey, 16, 1, 447. — 31 juill. 1833. Sirey, 33, 1, 840. — Toulouse, 15 mars 1834. Sirey, 34, 2, 537. — Bordeaux, 7 mars 1835. Sirey, 35, 2, 263.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 777. — Duranton, t. 8, n° 267. — Toullier, t. 5, n° 77, et t. 9, n° 164. — Zachariæ, t. 5, pag. 34 et 747. — Cass., 27 avril 1830. Sirey, 30, 1, 186. — 2 juill. 1839. Sirey, 39, 1, 626. — 20 avril 1847. Sirey, 47, 1, 437. — 13 janv. 1857. Sirey, 57, 1, 180. — 3 mars 1857. Sirey, 57, 1, 182.

être reçue à prouver l'abus de confiance prévu par l'article 408 du Code pénal, elle doit commencer par établir la remise, à un titre particulier, des choses sur lesquelles le délit a été consommé. Il en est de même de l'abus de blanc-seing (407, C. p.). La remise d'une semblable pièce constitue un véritable dépôt qui, à part toute circonstance de fraude, dol ou violence, ne peut, aux termes des articles 1341 et 1923, être prouvé par témoins (1), ou du moins ne peut l'être que conformément aux règles ordinaires. Peu importe, en effet, que, au-delà du fait civil dont l'existence est présupposée, il s'en soit accompli un autre qui a un caractère criminel. Il n'en est pas moins vrai que ce second fait ne modifie point le premier, et ne change point le genre de preuve admissible à son égard. Car le genre de preuve dont il est susceptible dépend exclusivement de sa nature propre et particulière. Chacun des éléments dont le concours constitue le délit ne peut donc être établi que suivant le mode de preuve dont il est, considéré isolément, particulièrement susceptible. Mais si le fait civil ne peut être prouvé que suivant les règles de droit commun relatives aux contrats, le fait criminel, ce premier fait une fois établi, peut être prouvé par témoins.

21. Comme ce principe est fondé sur la nature même des divers éléments qui entrent dans la constitution générale du délit, il est indépendant du caractère civil ou répressif de la juridiction devant laquelle la partie lésée porte son action. Elle ne peut se soustraire à la nécessité de prouver, suivant les règles ordinaires, le fait civil dont l'existence est présupposée par la perpétration du délit. Il n'y a d'action au criminel recevable de sa part que dans les matières susceptibles de la preuve testimoniale ; en d'autres termes, partout où la preuve

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 645. — Merlin, Rép., v° *Blanc-seing*, n° 2. — Marcadé, art. 1348, n° 2. — Cass., 18 janv. 1831. Sirey, 31, 1, 192. — 5 mai 1831. Sirey, 31, 1, 188. — Riom, 30 mars 1844. Sirey, 44, 2, 321. — Toulouse, 5 juin 1841. Sirey, 42, 2, 12. — Cass., 3 mai 1848. Sirey, 48, 1, 321. — Orléans, 7 fév. 1853. Sirey, 53, 2, 621.

par témoins est interdite, l'action criminelle ne doit pas être reçue (1).

25. Ce n'est pas que cette décomposition des éléments constitutifs du délit ait pour résultat de faire naître une question préjudicielle, en ce sens que la juridiction répressive, saisie d'une plainte en violation de dépôt, par exemple, doive renvoyer préalablement aux tribunaux civils la connaissance du fait civil de dépôt, et surseoir, en conséquence, à statuer sur le fait criminel de violation de dépôt, jusqu'à ce qu'il ait été jugé par le tribunal civil sur l'existence présupposée du dépôt.

Longtemps la Cour de cassation a pensé que les tribunaux civils pouvaient seuls connaître de l'exception qui résultait de la dénégation sèche du fait de dépôt (2). Et cette doctrine est appuyée de l'opinion de MM. Toullier (3) et Carnot (4). Ce dernier va même jusqu'à penser que le juge correctionnel ne peut invoquer le commencement de preuve écrite qui lui est présenté pour rendre la preuve testimoniale admissible.

La Cour de cassation reconnaissait, néanmoins, que la plainte et les actes de procédure au criminel n'étaient point frappés de nullité; que les tribunaux correctionnels pouvaient apprécier les interrogatoires du prévenu pour y puiser un commencement de preuve par écrit, et que, dès lors, il n'y avait plus de question préjudicielle à renvoyer, ni de sursis à prononcer.

A plus forte raison, en était-il ainsi lorsque la partie lésée rapportait une preuve écrite ou l'aveu du prévenu touchant l'existence du fait civil (5).

Mais la Cour de cassation est revenue sur cette première

(1) Merlin, Quest., v[is] *Suppression de titres* — Toullier, t. 9, n[os] 145 et suiv.

(2) 12 messidor an XI, 20 fructidor an XII. — Voy. Merlin, Quest., v[is] *Suppression de titres*. — 5 déc. 1806. Sirey, 6, 1, 489. — 16 janv. 1808. Sirey, 8, 1, 223. — 21 mars 1811. Sirey, 11, 1, 192.

(3) T. 9, n° 148.

(4) Art. 408, C. p.

(5) Merlin, Toullier, *ibid.*

jurisprudence. En 1813, elle crut devoir poser quelques règles sur la matière si délicate des questions préjudicielles. Elle les a consignées, d'un avis unanime et avec l'adhésion de M. Merlin, procureur général, dans une note rédigée, le 5 novembre 1813, par M. le président Barris (1). En voici un extrait : « Les tribunaux criminels peuvent et doivent connaître des contrats dont la violation rentre dans l'application de l'article 408, C. p. Lorsque l'existence du contrat est déniée devant eux par la partie qui est poursuivie à raison de ladite violation, les tribunaux doivent juger la question préjudicielle de l'existence du contrat, soit que le plaignant en rapporte l'acte, soit qu'il n'en rapporte qu'un commencement de preuve par écrit. Il est de principe que tout juge compétent pour statuer sur un procès dont il est saisi, l'est par là même pour statuer sur les questions qui s'élèvent incidemment dans ce procès, quoique d'ailleurs ces questions fussent hors de sa compétence, si elles lui étaient proposées principalement (L. 3, C. *De judiciis*. L. 1, C. *De ordine cognit.*). Il faut une disposition formelle de la loi pour ne pas faire une application de ce principe : La preuve du délit ne pouvant pas être separée de celle de la convention, la compétence sur le délit qui forme l'action principale entraîne nécessairement la compétence sur le contrat, dont la dénégation n'est que l'exception à cette action. Les tribunaux criminels devant d'ailleurs prononcer sur les intérêts civils des parties, ils doivent avoir caractère pour juger le contrat auquel se rattachent ces intérêts civils. La compétence d'un tribunal ne peut dépendre des formes fixées par la loi pour la preuve de la demande. Si le contrat ne portait que sur un objet moindre de cent cinquante francs, la preuve pouvant, dans ce cas, en être faite par témoins, la juridiction criminelle serait évidemment compétente pour en connaître; elle doit avoir la même compétence dans le cas où, à raison d'une plus grande importance dans l'objet du contrat, la preuve n'en peut être

(1) Voy. Morin, *Dictionnaire de droit criminel*, v° *Question préjudicielle*.

établie par témoins. La Cour de cassation a jugé constamment que les tribunaux correctionnels sont compétents pour prononcer sur l'existence du contrat dénié, par voie d'exception, lorsqu'il en est produit un commencement de preuve par écrit; elle a jugé que ces tribunaux ont le droit de déclarer que l'acte produit forme la preuve complète de ce contrat : le commencement de preuve par écrit est, en effet, comme l'acte constitutif de ce contrat, un acte écrit dont on doit apprécier le contexte, le sens et les conséquences. »

Depuis la rédaction de cette note, la Cour de cassation a constamment jugé d'après les principes qui y sont si judicieusement développés (1). C'est un point constant, et il ne nous reste plus qu'à en déduire les conséquences.

N'existe-t-il du fait civil ni preuve écrite, ni commencement de preuve par écrit qui rende la preuve testimoniale admissible; le tribunal correctionnel doit déclarer, non son incompétence, mais l'acquittement du prévenu, à défaut de preuve.

Le contrat est-il dénié par le prévenu; le tribunal doit décider la question préjudicielle de l'existence du fait civil, si le plaignant en rapporte l'acte instrumentaire; il doit apprécier cet écrit sous le rapport de sa force probante à l'égard de la convention, et de ses conséquences à l'égard du délit.

Le juge peut apprécier tous les éléments de l'instruction et notamment les interrogatoires du prévenu, pour y trouver un commencement de preuve écrite qui autorise l'admission de la preuve testimoniale.

Dans le débat devant le tribunal correctionnel, comme l'ordre énoncé dans l'article 190 n'est pas prescrit à peine de nullité, le juge peut commencer par interroger le prévenu, afin d'obtenir, soit un aveu, soit un commencement de preuve écrite. Nul doute qu'il ne doive être ensuite tenu, dans ce cas, note des dépositions des témoins sur le fait civil, puisque ces

(1) Voy. Arrêts, 31 juill. 1812, 5 mai 1815, 26 sept. 1823, 25 juin 1830, 1er sept. 1832. — *Conf.*, Merlin, Rép., vo *Dépôt*. — Mangin, *Act. publ.*, t. 1, nos 173 et 174.

dépositions peuvent servir à compléter le commencement de preuve littérale.

Que si le juge réservait pour la fin du débat l'interrogatoire du prévenu, bien qu'il puisse produire un aveu ou un commencement de preuve par écrit, cependant il ne devrait point être tenu note, à tout événement, des dépositions des témoins sur le fait civil, parce que cette preuve testimoniale est inadmissible au moment où on la reçoit (1). Mais on pourrait, si l'interrogatoire produisait quelque aveu établissant un commencement de preuve écrite, demander une prorogation d'instruction.

Cependant, si le prévenu ne s'y est point opposé, comme l'inadmissibilité de la preuve testimoniale ne produit qu'une exception facultative en sa faveur, il suffit, pour mettre le jugement à l'abri de cassation, qu'il résulte plus tard de l'instruction un commencement de preuve écrite qui légitime l'admission de la preuve testimoniale antérieurement acquise. Peu importe l'ordre dans lequel les preuves ont été recueillies, du moment que le prévenu ne s'est point opposé à ce que des témoins fussent entendus avant la production d'un commencement de preuve écrite, et qu'en définitive la preuve testimoniale n'est appréciée que sur ce commencement de preuve produit postérieurement par l'instruction (2).

Mais si le prévenu s'était opposé à toute audition préalable de témoins sur le fait civil, comme sa demande est fondée sur les principes consacrés par l'article 1341, elle devrait être accueillie par les tribunaux correctionnels, et il y aurait lieu à cassation du jugement en dernier ressort qui n'y aurait pas fait droit.

Toutefois, si le prévenu avait négligé de se pourvoir contre ce jugement, et que, plus tard, un commencement de preuve par écrit fût rapporté dans le débat, la condamnation intervenue au fond serait inattaquable. Elle se justifie, en effet, par le commencement de preuve par écrit qui lui a servi de base,

(1) MANGIN, *Act. publ.*, T. 1, n° 170.

(2) Note de M. Barris, du 5 nov. 1813.

conjointement avec la preuve testimoniale acquise contre lui, en exécution d'un jugement passé en force de chose jugée (1).

Enfin, si le fait civil est de telle nature que la preuve testimoniale soit immédiatement admissible, parce qu'il constitue une affaire commerciale; parce qu'il s'agit d'un dépôt nécessaire ou de toute autre convention dont il n'a pas été possible de se procurer une preuve littérale; parce que l'acte instrumentaire a péri par cas fortuit et de force majeure; parce que, en un mot, on se trouve dans l'une des exceptions posées par l'article 1348, ou qu'enfin la valeur de l'objet n'excède pas cent cinquante francs, le juge correctionnel peut alors admettre la preuve testimoniale indistinctement sur le fait civil et sur le fait criminel, dont le concours est indispensable pour constituer légalement le délit. Dans ce cas, les principes de la loi civile, sur l'admissibilité de la preuve testimoniale et des présomptions ordinaires, ne diffèrent point de ceux de la loi criminelle.

26. Voilà pour la partie lésée, quant à l'action en dommages et intérêts qu'elle exerce, soit devant les tribunaux civils, soit devant la juridiction répressive. Mais il semble, au premier abord, que les mêmes règles ne doivent point s'appliquer au ministère public agissant dans un intérêt de vindicte sociale. On peut dire, en ce qui le concerne, qu'en principe la preuve par témoins est admissible dans toute action pénale; que la loi ne fait expressément aucune distinction entre les délits simples et les délits complexes, dont la perpétration suppose l'existence d'un fait civil antérieur; que le ministère public est, à l'égard de ce fait civil, un tiers qui a été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale; que la loi civile prohibe, dans certains cas, la preuve testimoniale par défiance envers les témoignages produits par la partie privée, et par crainte de la subornation des témoins; mais que ces défiances et ces soupçons ne sauraient atteindre le ministère public dans la haute

(1) Voy. note de M. Barris.

sphère où il est placé; qu'en l'astreignant lui-même à fournir les mêmes preuves que la partie lésée, on paralyse son action, dans la plupart des cas, par le défaut de preuve écrite, ou par suite des fraudes et des collusions concertées; qu'il suffirait, pour faire la part des prescriptions de la loi civile, de décider que la partie privée ne pourra jamais, et sous aucun prétexte, profiter, dans son intérêt particulier, de l'action publique intentée, au nom de la société, devant les tribunaux de répression.

Quelle que soit la valeur de ces considérations de droit criminel, la jurisprudence et la doctrine semblent aujourd'hui fixées dans un sens contraire. Elles assimilent le ministère public à la partie lésée, quant au mode de preuve légalement admissible sur l'existence du fait civil qui constitue le premier élément du délit.

Ainsi, en ce qui touche le faux serment, il n'y a aucune distinction à établir entre l'action civile et l'action publique (1). Après avoir hésité un instant, en 1834 (2), la Cour de cassation est revenue définitivement à son ancienne jurisprudence (3).

Nous nous bornons à reproduire les motifs de son arrêt du 16 août 1844, par lequel elle a signalé ce retour. « Si les faits criminels peuvent être prouvés par des dépositions de témoins et par tout autre moyen de conviction étranger à la preuve qui résulte des actes civils, il n'en est pas de même des faits civils régis par la loi civile, et dont la preuve a été assujettie par elle à la production d'un écrit qui les constate. A l'égard

(1) MERLIN, Rép., v° *Serment*, § 2, art. 2.—TOULLIER, T. 10, n° 388. — LEGRAVEREND, T. 1, pag. 41. — MANGIN, *Act. publ.*, T. 1, n° 173.— CHAUVEAU et HÉLIE, *C. pén.*, T. 6, pag. 479.—DUVERGER, *Manuel du juge d'instruction*, T. 1, n° 53.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 744.—CARNOT, *C. pén.*, T. 2, pag. 196.—*Contrà*, BOURGUIGNON, art. 366, C. p.—RAUTER, *Droit criminel*, T. 2, pag. 500. — DURANTON, T. 13, n° 600.

(2) 21 août 1834. SIREY, 35, 1, 119.

(3) 5 sept. 1812. SIREY, 13, 1, 458.—17 juin 1813. SIREY, 13, 1, 439. —16 août 1844. SIREY, 44, 1, 714.—29 mars 1845. SIREY, 45, 1, 397.— 25 avril 1845. SIREY, 45, 1, 480. — 13 nov. 1847. SIREY, 48, 1, 80.— 17 juin 1852. SIREY, 53, 1, 41.

de ces faits, la loi qui détermine le genre de preuve qui peut être admis étend son empire sur la procédure criminelle, comme sur la procédure civile; elle doit être respectée et observée par les juges criminels, même dans le cas où le fait régi par la loi civile, se liant par des rapports nécessaires et absolus au fait puni par la loi criminelle, la preuve du fait correctionnel ne peut être établie que par celle du fait civil, et doit en être la conséquence. Ce principe est indistinctement applicable au ministère public et à la partie privée. »

Les mêmes règles s'appliquent aux délits d'abus de blanc-seing (1) ou d'abus de confiance (2), tels que violation de dépôt ou destruction de titre volontairement remis (3).

27. Du reste, le ministère public peut invoquer les mêmes exceptions que la partie privée.

Ainsi, en matière de faux serment, soit supplétif, soit décisoire, la preuve testimoniale sera parfaitement admissible si le serment a été prêté sur l'existence d'un délit ou quasi-délit, c'est-à-dire sur un fait qui peut être établi par témoins (4), ou bien encore s'il existe un commencement de preuve par écrit, résultant, par exemple, des interrogatoires du prévenu, et qui rende vraisemblable le fait civil présupposé (5).

De même, en matière d'abus de confiance, la preuve par témoins sera indistinctement recevable de la part du ministère public sur le fait civil et sur le fait criminel, s'il s'agit d'un acte commercial, d'un dépôt n'excédant pas cent cinquante francs, d'un dépôt nécessaire, ou qui a été provoqué par dol et

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 744.—Cass., 5 mai 1831. SIREY, 31, 1, 188. — 30 juill. 1846. SIREY, 46, 1, 757.

(2) TOULLIER, T. 9, nos 145 et suiv.—MERLIN, Quest., vis *Suppression de titre*, § 1.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 744.—BONNIER, no 95.—TROPLONG, *Dépôt*, no 47.—Cass., 5 déc. 1806. SIREY, 6, 1, 489.— 10 avril 1819. SIREY. 19, 1, 321.— 20 avril 1844. SIREY, 44, 1, 848.— 12 août 1848. SIREY, 49, 1, 298.

(3) Cass., 23 sept. 1853. SIREY, 54, 1, 213.

(4) Cass., 20 janv. 1843. SIREY, 43, 1, 659.

(5) Cass., 21 janv. 1843. SIREY, 43, 1, 660.

fraude de la part du dépositaire (1), ou bien enfin pour lequel il existe une preuve écrite, un aveu du prévenu ou un commencement de preuve par écrit (2).

La preuve testimoniale de l'abus de blanc seing sera pareillement admissible, s'il existe un commencement de preuve par écrit du fait de la remise du blanc-seing. Et ce commencement de preuve littérale peut résulter de l'aveu fait par le prévenu qu'il a, en effet, reçu la signature en blanc (3).

Le ministère public peut encore invoquer la preuve testimoniale, s'il établit que le titre qui servait de preuve par écrit a été détruit ou perdu par suite d'un cas fortuit ou de force majeure, ou d'une fraude concertée plus tard entre les parties privées, en vue de soustraire le coupable aux poursuites criminelles.

Supposons que le faux serment prêté sur l'existence d'une obligation civile, ne l'ait été, que par suite d'une collusion frauduleuse concertée entre le demandeur et le défendeur, au préjudice des créanciers de celui qui a déféré le serment. Ces derniers pourraient, sans aucun doute, établir par témoins la simulation et la fraude. De même, le ministère public, agissant au point de vue de leurs intérêts fraudés, pourra prouver par témoins l'existence du fait civil présupposé par le délit de faux serment. Il agit comme agiraient les tiers créanciers.

Il y a mieux : sur le débat engagé au civil entre les parties privées, il a été décidé que l'obligation alléguée ne pouvait être établie par témoins ; le serment décisoire est, en conséquence, déféré. Le ministère public, poursuivant ensuite pour faux serment, pourra, sans qu'on puisse lui opposer l'autorité de la chose jugée au civil, faire reconnaître au criminel que l'obligation est de nature à être prouvée par témoins, et établir

(1) Cass., 14 juill. 1843. SIREY, 43, 1, 806.

(2) Cass., 12 messidor an XI, 20 fructidor an XII. — Voy. MERLIN, Quest., v° *Suppression de titre*. — 5 mai 1815. SIREY, 15, 1, 228. — 20 sept. 1823. SIREY, 24, 1, 127. — 22 avril 1854. SIREY, 54, 1, 491. — 18 août 1854. SIREY, 54, 1, 655.

(3) Cass., 30 juill. 1846. SIREY, 46, 1, 757.

conséquemment, par la preuve testimoniale, les deux éléments constitutifs du faux serment, le fait civil et le fait criminel.

Il a été jugé au civil que tel acte ne formait pas un commencement de preuve par écrit capable d'autoriser l'admission de la preuve testimoniale. Le ministère public pourra, sans qu'on puisse lui opposer cette première décision, faire décider au criminel que cet acte contient un commencement de preuve par écrit.

Depuis le jugement du procès civil, il s'est produit ou révélé soit une preuve écrite, soit un commencement de preuve de cette nature, que le prétendu créancier n'a point invoqué, soit par erreur, par négligence ou par toute autre cause. Le ministère public sera fondé, dans l'instance criminelle, à se prévaloir de ces éléments de preuve antérieurs ou postérieurs à l'instance civile.

On peut comprendre par là que si le ministère public doit être assimilé à la partie privée, en ce qui concerne la preuve légalement admissible quant à l'existence du fait civil que présuppose la perpétration de certains délits, cette assimilation ne va pas au-delà de ce point spécial, et que, sous les autres rapports, le ministère public conserve une situation indépendante, dont le caractère est en harmonie avec la nature de l'action qu'il est chargé d'exercer.

§ 2.

28. L'exception de l'article 1348 s'applique encore aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie ; le tout, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait (1348).

Ce rapprochement, dans la même disposition, des cas de naufrage, d'incendie..., de celui de logement dans une hôtellerie, présente quelque chose de singulier et de forcé. Il y a, en effet, entre eux une différence sensible, et, comme le faisait judicieusement remarquer M. le premier président Lamoignon,

dans la discussion de l'ordonnance de 1667, la preuve est bien plus privilégiée en toutes façons, dans les cas d'incendie et de naufrage. Aussi, sur ces observations, l'article 3 du projet se dédoubla, et la partie relative aux dépôts faits dans les hôtelleries devint l'objet d'un article séparé, l'article 4 (1).

La rédaction de notre article semblerait donc plus exacte, si, au lieu de mêler le cas de logement dans une hôtellerie à ceux de naufrage, d'incendie..., il avait terminé le second paragraphe par les cas généraux d'accidents imprévus, comme avait fait l'ordonnance de 1667.

Cependant, cette rédaction peut se justifier par une bonne raison. Le second paragraphe, dont nous traitons ici, ne s'occupe que des cas de dépôt nécessaire. Il les réunit tous dans une disposition commune, quelque différence qu'il y ait dans les faits qui en ont été l'occasion. Le troisième paragraphe, au contraire, s'occupe de toutes les obligations en général qui sont contractées en cas d'accidents imprévus, tandis que l'article 3 de l'ordonnance semblait, au moins par sa rédaction, n'admettre la preuve testimoniale que pour les seuls dépôts faits en cas d'accidents imprévus, et exclure ainsi ce genre de preuve pour les engagements d'une autre nature. A ce point de vue, l'article 1348 est rédigé d'une manière plus exacte et plus complète.

29. Nous ne ferons aucune observation sur les cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage. Il est évident que, au milieu de semblables événements, on ne songe pas à retirer une reconnaissance des dépôts que l'on fait entre les mains des tiers et que, en eût-on la pensée, on n'en a pas le moyen. Ni le temps, ni le lieu ne permettent de délibérer; *locus vel tempus, non patitur plenius deliberandi consilium* (2). Le dépôt fait en pareils accidents est nécessaire, parce que, dit Ulpien, il a pour cause la nécessité et non la volonté; *continet causam fortuitam*

(1) Voy. le procès-verbal de l'Ordonn. de 1667, pag. 216.
(2) L. 1, *ff. De exercit. act.*

depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem (1).

Mais, si la preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de cent cinquante francs (1950), il faut commencer par prouver le cas misérable qui a donné lieu au dépôt allégué.

30. Quant aux dépôts faits dans les auberges et hôtelleries, il est encore manifeste qu'il n'est pas possible d'en retirer une preuve écrite. Une impossibilité pratique s'y oppose.

Mais remarquons à quelles conditions le dépôt qui y est fait est réputé nécessaire : il doit être fait par les voyageurs en logeant, soit pour y prendre leur gîte ou leur nourriture. Le dépôt ne serait donc plus nécessaire, s'il avait été fait par des personnes qui n'eussent point pris leur logement dans l'auberge ou l'hôtellerie.

Ce mot, voyageurs, dont se sert l'article 1348, ne veut pas dire que, pour faire réputer le dépôt nécessaire, la personne qui l'effectue en logeant dans l'hôtellerie, soit en voyage, et réellement absente du lieu de son domicile. Tels sont, sans doute, la plupart de ceux qui s'arrêtent dans les auberges et hôtelleries. Mais il suffit, pour que le dépôt soit considéré comme nécessaire, que l'on y prenne logement, pour sa seule nourriture, par exemple, quand bien même on serait domicilié.

31. L'ordonnance de 1667 semblait exiger, pour que la preuve testimoniale fût admissible, que le dépôt eût été fait entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse. La suppression de ces mots dans la rédaction de l'article 1348 ne permet pas de douter que le dépôt ne puisse être également prouvé par témoins, dans le cas où, au lieu d'être fait entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse, il l'aurait été entre les mains des domestiques et préposés. Il suffit même que les objets aient été portés dans l'hôtellerie pour que, à ce moment, le dépôt soit fait et la responsabilité de l'aubergiste engagée. Tel était notre ancien

(1) L. 1, § 2, *ff. Deposit.*

droit, conforme, au surplus, à la loi romaine (1). L'article 1952 ne laisse lui-même aucun doute sur ce point. Le dépôt des effets apportés par le voyageur, logeant dans l'auberge ou l'hôtellerie, est regardé comme un dépôt nécessaire (2).

32. Mais les juges ne sont point tenus d'admettre la preuve testimoniale. Ils n'en doivent accueillir l'offre que suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. Ce pouvoir d'appréciation ne s'étend pas seulement à la valeur et à l'importance prétendues du dépôt (3), mais encore à son existence même. Si la qualité de la personne et les circonstances du fait fournissent des présomptions suffisantes de la non existence du dépôt allégué, ils peuvent, usant du pouvoir discrétionnaire qui leur est remis, rejeter la preuve testimoniale offerte. Ce droit des tribunaux est une garantie pour les prétendus dépositaires contre les allégations mensongères et les manœuvres frauduleuses de fripons et d'escrocs qui pourraient tirer parti d'un accident fortuit ou de leur entrée dans une auberge, pour exercer des réclamations injustes.

33. Il y a sans doute entre le cas d'incendie, par exemple, et celui de logement dans une hôtellerie, une grande différence. Car, ainsi que le disait plaisamment M. le premier président Lamoignon, on ne s'avise pas de brûler sa maison pour avoir sujet d'intenter un procès (4). Mais on peut très bien exploiter un évènement de cette nature comme tout autre, en prétendant qu'il a été l'occasion d'un dépôt nécessaire qu'on offre de prouver par témoins. Pour être moins fréquent, ce danger ne laisse pas d'être réel et sérieux; et les juges ont toujours le pouvoir de rejeter les offres de preuve, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait, quelques pertinents, concluants et admissibles que soient, en apparence, les faits offerts en preuve.

(1) L. 1, § 8, *ff. Nautæ, caup. stabull.* — MAYNARD, liv. 3, ch. 82 et 83. — LEPRÊTRE, *Centurie*, ch. 19. — JOUSSE, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 4.

(2) TOULLIER, T. 9, n° 202.

(3) Voy. 1150, n°s 8 et suiv.

(4) Voy. procès-verbal, pag. 248.

34. Les restaurants, cafés, billards, garnis, bains publics, sont, comme les auberges et les hôtelleries, des lieux où s'effectuent des dépôts nécessaires. Les raisons de confiance forcée sont ici exactement les mêmes. La nature même des choses répugne à ce qu'on puisse exiger de celui qui entre dans de pareils établissements, qu'il retire un acte écrit constatant le dépôt qu'il est obligé d'y faire (1).

35. Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes (1782). Ils répondent, non seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt, pour être placé dans leur bâtiment ou voiture (1783).

Mais il y a cette différence entre eux et les aubergistes, que le dépôt fait entre leurs mains n'est assimilé au dépôt nécessaire qu'en ce qui concerne la garde et la conservation des objets, ainsi que la responsabilité du dépositaire. Quant à la preuve, il diffère du dépôt nécessaire proprement dit, en ce que la preuve testimoniale n'en est pas admissible lorsque le contrat de transport a eu lieu avec un simple particulier qui ne fait pas de ce genre d'opérations l'exercice d'une industrie commerciale (2). Rien n'empêche, en effet, d'en retirer une preuve littérale.

Mais si le transport constitue de la part du voiturier ou messagiste une opération de commerce, la preuve par témoins est admissible (3), quand même l'opération ne serait pas réciproquement commerciale de la part de l'expéditeur, et ne fût, de son côté, qu'un acte civil (4).

(1) Merlin, Quest., v^is *Dépôt nécessaire*. — Troplong, *Dépôt*, n°s 228 et 229.

(2) Duranton, t. 17, n° 242. — Duvergier, t. 2, n° 321. — Zachariæ, t. 3, pag. 41, et t. 5, pag. 745. — Troplong, *Louage*, n° 908.

(3) Zachariæ, Troplong, *ibid.*

(4) *Contrà*, Troplong, *ibid.*

36. En cas de dépôt nécessaire entre les mains d'un aubergiste, la responsabilité du dépositaire, en la qualité à laquelle elle est attachée, ne cesse pas lorsque le déposant, au moment de sa sortie de l'auberge, délaisse et abandonne par mégarde ou oubli les choses par lui apportées. Il en résulte une continuation du dépôt nécessaire, avec les obligations particulières qui en dérivent. Le déposant est alors admis à établir contre le prétendu dépositaire des faits de soustraction et de détournement, soit de sa part, soit de la part de personnes dont il répond, suivant le droit commun; ou des faits de négligence, d'incurie, ou de déplacement des objets déposés, toutes circonstances qui ont pu causer la méprise ou l'oubli du demandeur (1); il est hors de doute que la preuve testimoniale en est admissible.

37. L'exception de l'article 1348 ne s'applique point aux remises de titres et de pièces confiés à un huissier, à un avoué ou autre officier public. Quelque nécessité qu'il y ait à faire ces remises, elles ne constituent point un dépôt nécessaire dont il soit impossible de se procurer une preuve écrite (2).

38. Rodier (3) assimile au dépôt nécessaire la remise qui est faite de certains objets se rattachant à leur art ou industrie, par exemple, à un joaillier, à un tailleur et autres artistes ou ouvriers. Il lui paraît plus raisonnable de regarder ce cas comme un dépôt quasi-nécessaire et mixte, parce qu'ils exercent un commerce public, qu'on est obligé de se servir de leur ministère, et que c'est sur la foi publique qu'on leur confie les matières qu'ils doivent travailler. Il ne doute pas enfin que, en pareil cas, on n'en pût recevoir la preuve vocale, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait.

Nous en doutons, au contraire, beaucoup; car, quelles que

(1) MERLIN, *ibid.* — Cass., 4 juill. 1814. MERLIN, *ibid.*

(2) JOUSSE, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 2. — Bordeaux, 18 août 1837, et l'arrêt de rejet du 6 nov. 1838. SIREY, 38, 1, 892. — *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 316.

(3) Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 4, *Quest.* 3.

soient leurs obligations comme dépositaires, il faut, avant tout, prouver la remise. Or, il n'est pas impossible d'en retirer une preuve écrite, et l'on ne saurait, sous ce rapport, assimiler ces remises faites à titre de louage aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ou de naufrage, ou en logeant dans une hôtellerie. Nous ne faisons donc aucune exception en leur faveur, à moins qu'elles ne constituent, outre un fait d'art et d'industrie, un véritable acte de commerce. Mais ce sera à ce titre seulement que la preuve testimoniale sera admissible.

§ 3.

39. Quant aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit, nous n'avons que de très courtes observations à présenter.

La première, c'est que l'exception s'applique à toute espèce d'obligations, et que, à cet égard, elle est plus étendue que celle du paragraphe précédent, qui ne concerne que les dépôts nécessaires;

La seconde, que tel doit être l'accident imprévu, qu'il ait été impossible de se procurer une preuve littérale. C'est là la condition essentielle à laquelle l'exception est subordonnée.

On comprend, dès lors, que les juges aient un pouvoir très étendu d'appréciation; et si, en cas de dépôt nécessaire, ils ne doivent admettre la preuve testimoniale que suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait, à plus forte raison doivent-ils agir ainsi lorsqu'il s'agit d'obligations contractées en cas d'accidents imprévus (1).

Il serait facile d'en multiplier les exemples. Nous nous bornerons à en citer quelques-uns. Subitement atteint de maladie hors de mon domicile, on me transporte dans une maison où je dépose l'argent dont je suis porteur. Je rencontre sur la route une personne de ma connaissance que des voleurs viennent de dépouiller; je lui prête de l'argent pour continuer son

(1) DURANTON, T. 13, n° 367.

voyage. Un père de famille est conduit en prison pour dettes; je paye les recors à l'instant même (1).

§ 4.

40. Une dernière exception existe enfin au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure (1348).

La preuve testimoniale est alors admissible, parce qu'on ne peut reprocher au créancier d'avoir manqué aux prescriptions de la loi. Loin de là, il y avait complètement satisfait en retirant une preuve littérale qu'il a perdue plus tard (2).

Mais l'admission de la preuve par témoins est subordonnée à l'administration d'une double preuve, 1° du cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure; 2° de la perte du titre par suite de ce cas fortuit. Ce n'est qu'après cette double preuve faite et rapportée que la preuve testimoniale peut être légalement admise.

41. Le premier point à prouver, c'est le cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure (3). Les expressions dont se sert la loi pour caractériser l'événement qui a causé la perte du titre, indiquent elles-mêmes quelle doit en être la nature. Il doit être indépendant de la volonté et des prévisions du créancier, et être exempt de tout mélange de faute ou de négligence de sa part. Tels sont les cas d'incendie, d'inondation, de naufrage, de vol, d'extorsion, de lacération (4), de substitution par violence ou surprise (5).

(1) Voy. DURANTON, *ibid.* — TOULLIER, T. 9, n° 199. — BONCENNE, T. 4, pag. 193.

(2) BOICEAU, P. 1, ch. 15.

(3) ROUSSEAUD DE LACOMBE, v° *Preuve*, § 1, n° 6. — POTHIER, *Oblig.* n° 781. — TOULLIER, T. 9, n°s 206 et suiv. — MERLIN, Quest., v° *Preuve*, § 7.

(4) Cass., 15 mai 1834. SIREY, 34, 1, 573.

(5) Cass., 14 juill. 1843. SIREY, 43, 1, 806.

Ainsi, le créancier est recevable à prouver, même par la voie criminelle, la soustraction de son titre entre les mains du dépositaire auquel il l'avait confié (1).

Autre cas où la preuve de la perte est également admissible : Je poursuis le payement d'une somme de... Le prétendu débiteur répond que, en effet, il m'a dû cette somme, mais qu'il me l'a payée ; et, pour preuve, il allègue la remise du titre qu'il aurait ensuite détruit comme inutile. Je suis parfaitement fondé à établir qu'il n'a été mis en possession de l'acte instrumentaire que par suite d'une soustraction frauduleuse ou d'un cas fortuit. En vain opposerait-il l'indivisibilité de son aveu, qui embrasse la reconnaissance de la dette et la déclaration d'un payement. Comme la preuve testimoniale est admissible, je ne suis pas lié par son aveu, et me trouve en dehors de l'application des principes relatifs à cette indivisibilité prétendue. Je puis donc établir le fait de soustraction contre le débiteur qui allègue une remise volontaire, et prouver, par suite, l'existence et la non extinction de la dette (2). Je pourrai de même établir que la remise prétendue n'est que le résultat d'une méprise (3), ou bien encore qu'un autre titre a été frauduleusement et dolosivement substitué à l'autre, qui avait été remis pour être immédiatement converti en un autre de même valeur (4).

Un débiteur se fait donner quittance sur la grosse du titre. Mais le créancier auquel il est encore dû quelque chose supprime la grosse sur laquelle les à-comptes sont portés, et, surprenant la religion du juge, il s'en fait délivrer une seconde. Le débiteur pourra établir cette suppression, qui est indépendante de son fait, et par suite sa libération.

42. Mais il ne suffirait pas que le créancier alléguât la perte de son titre, en disant simplement qu'il s'est égaré à son do-

(1) Cass., 2 avril 1834. SIREY, 35, 1, 699.
(2) Cass., 18 mars 1844. SIREY, 45, 1, 40.
(3) Cass., 5 mars 1835. DALLOZ, 35, 1, 197.
(4) Cass., 14 juill. 1843. SIREY, 43, 1, 806.

micile, au bureau d'enregistrement, n'importe où, ajoutant d'ailleurs qu'il a été vu par plusieurs personnes qui en ont lu le contenu, et reconnu l'écriture et la signature du souscripteur. S'il suffisait, en effet, d'alléguer un cas quelconque de perte pour être admis à la preuve testimoniale, rien ne serait plus aisé que d'éluder les dispositions de l'article 1341. Car il ne serait pas plus difficile de faire déposer des témoins subornés sur le fait de la perte du titre et de son existence antérieure, que sur le fait de la convention même, si la preuve testimoniale était admissible.

La nécessité contraint cependant la loi. Si le titre s'est perdu par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure, comme alors aucune négligence ne peut être reprochée au créancier, et qu'il a été impossible d'avoir une preuve écrite du fait allégué, la preuve testimoniale est nécessairement admissible, à moins qu'on ne veuille exiger l'impossible de la personne qui l'invoque comme la seule preuve qui soit à sa disposition. Mais, pour être fondée sur les raisons les plus puissantes de justice et d'équité, cette admission de la preuve testimoniale n'en est pas moins, dans ce cas, une exception qui doit être strictement renfermée dans les termes de l'article 1348.

La loi romaine (1) contient une disposition semblable. Justinien suppose la perte du titre arrivée par le cas fortuit d'un incendie, d'un naufrage ou de tout autre évènement accidentel. Alors il autorise ceux qui ont éprouvé cette perte à prouver l'obligation par témoins, mais à la charge par eux d'établir la cause de la perte, *causam peremptionis probantibus*.

L'article 1348 ne dit pas expressément que cette preuve du cas fortuit doit préalablement être faite. Mais cette nécessité résulte de la nature même de ses dispositions. En effet, la preuve de l'obligation n'étant admissible que parce que la perte du titre a eu lieu par cas fortuit, il faut établir l'évènement qui place le créancier dans un cas où la preuve testimoniale est

(1) L. 18, C. *De testibus*.

exceptionnellement admissible. L'admission de cette preuve étant l'effet, il faut en établir préalablement la cause; en un mot, il faut justifier l'exception invoquée.

S'agit-il d'un naufrage, d'un incendie, d'une inondation, d'un pillage, d'une invasion de brigands, d'un dégât causé par des animaux; que l'on commence donc par établir tous ces cas fortuits et de force majeure, s'ils ne sont avoués et reconnus. Ce ne sera qu'en conséquence de cette preuve faite, et aussi de la preuve de la perte ou destruction du titre, que la preuve testimoniale de l'obligation sera devenue admissible. Jusque-là l'exception n'est pas justifiée (1).

Cette preuve à faire comporte elle-même la nécessité d'établir précisément le cas fortuit allégué. Il faut démontrer par quel accident l'acte instrumentaire a été perdu ou a péri. On doit donc repousser, comme moyen indirect d'éluder les prohibitions de la loi, toute allégation d'un cas de perte quelconque, sans caractère précis, vague, indéterminé, comme l'est, de sa nature, le cas de perte dans son domicile, au bureau des hypothèques ou de l'enregistrement, dans le cabinet d'un avoué, d'un avocat, ou même dans un déménagement ordinaire. Ce n'est pas là le cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure dont parle l'article 1348. Ce n'est pas non plus l'accident déterminé, particulier dont le bon sens et la raison demandent, avant tout, la preuve précise.

43. Si la perte du titre présupposait elle-même l'intervention d'un fait juridique entre le créancier et le tiers auquel la destruction ou suppression du titre est imputée, la preuve testimoniale n'en serait admissible que dans le cas où le fait juridique dont l'existence est présupposée, serait lui-même susceptible de ce genre de preuve.

Je prétends, par exemple, que mon titre a été supprimé, détruit par telle personne à qui je l'avais confié à titre de mandat

(1) BOICEAU, P. 1, ch. 10, n°s 9 et suiv., et ch. 15. — ROUSSEAUD DE LACOMBE, v° *Preuve*, § 1, n° 6. — POTHIER, *Oblig.*, n° 781. — BONCENNE, T. 4, pag. 196. — MERLIN, Quest., v° *Preuve*, § 7.

ou de dépôt. Je dois commencer par établir, suivant les règles ordinaires, l'existence de ce mandat ou de ce dépôt, s'ils sont déniés, parce qu'elle est préalable à la perte ou suppression du titre que j'allègue. Or, la preuve testimoniale n'en étant pas admissible, elle ne le sera pas non plus en ce qui concerne la perte ou la suppression du titre. Je ne serai point, conséquemment, admis à prouver contre le prétendu débiteur, seulement à l'aide de témoins, la perte du titre, ni, par suite, l'existence de la créance alléguée. Autrement, l'admission de la preuve testimoniale autoriserait indirectement une double fraude à la loi; d'abord, en ce que l'on pourrait établir par témoins, à l'égard d'un tiers, l'existence d'un mandat ou d'un dépôt, et, en second lieu, à l'égard du prétendu débiteur, un fait juridique dont la loi prohibe, en principe, la preuve testimoniale (1).

Mais si le mandat ou le dépôt dont la perte ou la suppression du titre présuppose l'existence, étaient légalement établis, soit par un acte régulier, par l'aveu, fait sans fraude, du mandataire ou du dépositaire, soit par témoins dans les cas où la preuve testimoniale est exceptionnellement admise, le créancier serait recevable à établir par ce genre de preuve la perte ou la suppression de son titre. Car, si le contrat préalable dont l'existence est présupposée, est un fait volontaire et libre de sa part, les faits de perte et de suppression prennent, après ce premier point établi, le caractère d'accident fortuit, imprévu, résultant d'une force majeure, sans mélange d'aucune faute ni négligence qui soit imputable au créancier, contre la volonté et les prévisions duquel ils se sont accomplis.

44. La preuve de l'événement fortuit se confond souvent avec celle de la perte du titre. Quand je prouve que mon acte a été extorqué par violence ou lacéré par surprise, dans une communication de confiance, j'administre du même coup et d'une manière indivisible la double preuve dont je suis tenu.

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 754.

Quelquefois la preuve du cas fortuit, sans se confondre avec celle de la perte du titre, fournit, sur ce dernier point, des présomptions plus ou moins considérables que le juge est appelé à apprécier. J'établis qu'un incendie a dévoré ma maison avec tout ce qu'elle contenait. Il y a une grande présomption que mon titre y a péri, quoiqu'il soit possible, après tout, qu'il ait échappé au sinistre, parce qu'il ne se trouvait pas dans les bâtiments incendiés.

Mais cette présomption sera moins forte si mes papiers ont été épargnés ou sauvés en partie; si les progrès du feu m'ont permis d'aviser au salut de quelques objets; si j'avais l'habitude de mettre mes titres de créance en dépôt chez un tiers; enfin, suivant toutes les circonstances dont l'appréciation est abandonnée aux juges. La preuve du cas fortuit étant une fois administrée, ils devront exiger, quant à la perte de l'acte instrumentaire, un complément de preuve plus ou moins considérable, suivant que la nature et les circonstances de l'événement établiront elles-mêmes, à cet égard, des indices moins graves ou des présomptions plus fortes.

45. Tout fait de tiers, en dehors de la participation et du concours du créancier, est par cela même, quelle qu'en soit la nature, un événement fortuit et de force majeure. Je puis, en conséquence, prouver qu'un titre a été perdu par la faute et l'incurie du notaire détenteur; par le fait de celui à qui je l'avais confié, dans un déménagement, dans un déplacement d'archives, sauf aux tribunaux à apprécier, dans ce dernier cas, la vraisemblance des allégations, d'après la nature des mesures de conservation qui ont pu et dû être prises (1).

Alors, en effet, que l'événement établi ne rend pas lui-même suffisamment vraisemblable le fait de la perte alléguée, le créancier doit l'établir d'une manière spéciale et précise. Ce n'est pas que la preuve testimoniale ne soit encore admissible; mais elle doit être administrée avec d'autant plus de précision dans

(1) ZACHARIÆ, t. 5, pag. 753. — Riom, 29 nov. 1838. SIREY, 39, 2, 103.

ses éléments, que la nature de l'événement laisse plus de doute et d'incertitude sur la perte de l'acte instrumentaire.

46. Lorsque le créancier a établi le cas fortuit et la perte de son titre, il lui reste à en prouver la teneur. La preuve des deux faits préliminaires n'a même été faite qu'en vue de le mettre à même de suppléer, quant à la teneur de son titre, la preuve littérale par la preuve testimoniale.

Sur ce dernier point, comme sur les autres, les juges ont un pouvoir très étendu d'appréciation.

47. Mais la preuve testimoniale n'est pas indéfiniment ni indistinctement admissible. Elle est sans doute admise, puisque le titre qui servait de preuve littérale a été perdu par cas fortuit, soit qu'il s'agisse de choses excédant cent cinquante francs, ou alléguées contre et outre le contenu aux actes. Mais elle ne l'est que pour suppléer le titre péri ou perdu. Ainsi, le créancier doit se borner à établir par témoins la teneur de ce titre, sans qu'il soit fondé à rien prouver, par ce genre de preuve, contre et outre son contenu, ni sur ce qu'il prétendrait avoir été dit avant, lors ou depuis. A cet égard, on rentre dans les prohibitions ordinaires de la preuve testimoniale. L'exception est ici limitée comme sa cause. Étant fondée sur la perte du titre, elle n'admet la preuve par témoins qu'en son lieu et place seulement, et dans les seules limites de ses constatations justifiées. Il s'agit uniquement de suppléer l'acte instrumentaire, et non de le refaire, d'en étendre ou restreindre le contenu.

48. Lorsque l'acte qui a été perdu ou a péri est un acte authentique, son authenticité même est mieux faite pour rassurer la conscience du juge. Son existence prouvée suffit pour établir tout ce qu'il faut prouver.

Mais il n'en est pas tout à fait de même lorsqu'il s'agit d'un acte sous signature privée. Il ne fait, en effet, pleine foi que lorsqu'il est reconnu ou régulièrement vérifié. Or, le débiteur qui en dénie l'existence, dénie en même temps et nécessaire-

ment l'écriture et la signature. D'autre part, toute vérification est rendue impossible par la perte du titre. Tout retombe ainsi dans la preuve testimoniale, et l'existence matérielle du titre et sa force légale. Le créancier doit donc établir ce double fait de son existence et de son efficacité, en prouvant non seulement qu'il a existé un tel acte, mais encore que l'écriture et la signature qui le constituaient appartenaient bien réellement à celui auquel il les attribue (1).

On comprend, dès lors, qu'il convient d'être plus exigeant et plus sévère dans l'appréciation des preuves et présomptions invoquées.

19. Lorsqu'il s'agit d'un acte instrumentaire pour la validité ou la force probante duquel la loi exige l'accomplissement de certaines formalités spéciales, le créancier doit prouver, outre le cas fortuit, outre la perte et le contenu du titre, l'existence des formes et solennités prescrites par la loi.

Mais la preuve testimoniale ne cesse pas d'être recevable sur ce point comme sur les autres, sauf aux juges à se montrer plus sévères dans son examen. Tel est le cas où il s'agit d'actes privés pour lesquels la loi exige la formalité du double écrit ou du *bon pour* ou *approuvé;* d'actes publics pour lesquels la loi trace, sous peine de nullité, certaines formes particulières. Ce principe s'applique spécialement aux testaments (2) et aux exploits d'huissier (3), ou autres actes judiciaires et extrajudiciaires.

Du reste, on devra admettre en général que l'acte réunissait toutes les conditions voulues pour sa validité, lorsqu'il aura été détruit par la partie même qui avait intérêt à le supprimer, puisque cet intérêt n'existe réellement qu'en supposant la validité de l'acte.

(1) MERLIN, Quest., v° *Preuve*, § 7.—TOULLIER, T. 9, n° 215.

(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 10. — DURANTON, T. 9, n° 48. — TOULLIER, T. 5, n°s 656 et suivants; T. 9, n°s 216 et suiv. — BONNIER, n° 113. — MARCADÉ, art. 1348, n° 5. — Cass., 24 juin 1828. SIREY, 28, 1, 434.

(3) Cass., 13 déc. 1853. SIREY, 54, 1, 257.

30. La Cour d'Orléans (1) a décidé qu'un cohéritier est recevable à prouver par témoins et papiers domestiques que son cohéritier doit à l'auteur commun, parce qu'autrement les fraudes seraient trop faciles; qu'il n'a pu se procurer une preuve littérale, et que si l'on exigeait de lui une preuve de cette nature, on le mettrait, le plus souvent, dans l'impossibilité de prouver la dette. Cet arrêt ne saurait faire jurisprudence. Car l'héritier représente le défunt, et, sauf les cas de fraude et de soustraction de titre, il ne peut se placer dans aucune des exceptions consacrées par l'article 1348.

SECTION III.

DES PRÉSOMPTIONS.

ARTICLE 1349.

Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu

Sommaire.

1. Définition des présomptions.
2. En quoi elles diffèrent de la preuve directe.
3. De la preuve par commune renommée.

COMMENTAIRE.

1. Le législateur donne des présomptions une définition parfaitement exacte. Elles sont, dit-il, des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.

Il y a ainsi deux espèces de présomptions qui ont toutes ce caractère commun, les unes établies par la loi, les autres abandonnées à l'appréciation de l'homme. Celles-ci s'appellent encore présomptions de fait, et celles-là présomptions de droit.

Voici l'étymologie que l'on donne à ce mot de présomption: on le fait dériver de *sumere* et de *præ*, parce que l'esprit *sumit*,

(1) 26 juill. 1849. SIREY, 50, 2, 49.

habet pro vero, prend ou tient pour vraie une chose, *præ, id est antequam aliunde probetur,* avant ou sans qu'aucune autre preuve en soit administrée (1), ou bien encore en attendant que la preuve contraire en soit fournie.

2. Les présomptions sont des éléments juridiques de preuve. Mais elles diffèrent de la preuve proprement dite, en ce qu'elles ne constituent qu'une preuve indirecte, c'est-à-dire qu'elles tendent à établir la vérité d'un fait seulement au moyen d'inductions ou de conséquences tirées d'autres faits reconnus entre les parties, ou préalablement prouvés et tenus pour avérés à leur égard; tandis, au contraire, que la preuve proprement dite a pour but et pour résultat d'établir directement le fait qu'il s'agit de prouver, à l'aide de moyens de conviction qui se rapportent précisément à l'existence de ce fait. C'est en ce sens que l'on dit que si les présomptions ne sont pas une preuve, du moins elles en tiennent lieu.

3. Elles ne sauraient non plus être confondues avec une preuve d'un genre particulier, qui est celle qui se fait par commune renommée. Cette preuve, admise par la loi dans certains cas (**1415, 1442, 1504**), est une espèce particulière de preuve testimoniale, et forme une preuve directe comme la preuve testimoniale ordinaire.

Mais il y a entre elles cette différence fondamentale et caractéristique, que lorsqu'il s'agit de la preuve testimoniale ordinaire, les témoins doivent déposer de faits précis dont ils ont acquis une connaissance personnelle; tandis que, lorsqu'il s'agit de la preuve par commune renommée, il suffit que les témoins déposent sur de simples ouï dires, qu'ils se bornent à exprimer leur opinion ou à rapporter celle des autres, et à énoncer une notoriété publique, sans que même ils soient tenus de déterminer, d'une manière exacte et précise, les éléments et les faits sur lesquels cette opinion ou cette notoriété s'est formée.

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 806.

§ Ier. *Des Présomptions établies par la loi.*

ARTICLE 1350.

La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits : tels sont, 1° les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité; — 2° les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées; — 3° l'autorité que la loi attribue à la chose jugée; — 4° la force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment.

Sommaire.

1. De la présomption légale. Le juge est tenu de s'y soumettre.
2. Une présomption de fait ne peut jamais être convertie en présomption légale.
3. Les présomptions légales étaient autrefois plus nombreuses.
4. Actes déclarés nuls par la loi comme présumés faits en fraude de ses dispositions.
5. Cas où la propriété ou la libération résulte de certaines circonstances déterminées.
6. Chose jugée. Aveu judiciaire. Serment. Renvoi.
7. L'article 1350 n'est pas limitatif.
8. Distinctions entre les présomptions légales et certaines présomptions qui servent de motifs à la loi.

COMMENTAIRE.

1. Le caractère essentiel de la présomption légale, c'est d'être attachée par la loi à certains actes ou à certains faits. Elle doit même y être attachée par une loi spéciale (1350).

Toute présomption légale impliquant ainsi l'existence d'une disposition particulière, son application soulève nécessairement une question de droit. A cet égard, la loi n'a rien laissé à l'arbitraire du juge. Dès qu'il reconnaît comme légalement établie l'existence des faits ou des actes auxquels la loi attache une présomption de droit, il ne peut contredire la conséquence que la loi a pris soin d'en tirer elle-même, et se refuser à l'ap-

pliquer, sous prétexte que, à cause de circonstances particulières, elle froisse la raison et l'équité. Autrement, il violerait la loi. Nous verrons d'ailleurs, sous l'article 1352, dans quels cas et par quel genre de preuves les présomptions légales peuvent être combattues.

2. De même que le juge est obligé de se soumettre aux présomptions établies par la loi, il ne peut, quelque graves, précises et concordantes que soient les inductions qui résultent des faits connus, constituer en véritable présomption de droit la simple présomption de fait qui en dérive. C'est que la présomption légale n'existe jamais qu'en vertu d'une disposition particulière de la loi, et que, en l'absence d'une disposition semblable, les présomptions, quelles qu'elles soient, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat. Les présomptions de cette dernière espèce sont sans doute autorisées par la loi; mais elles le sont d'une manière générale, sans qu'elles soient attachées, par une disposition spéciale, à certains actes ou à certains faits.

3. Sous notre ancienne jurisprudence, il existait un plus grand nombre de présomptions légales que sous le Code Napoléon. Ce résultat tenait à la manière dont elle s'était formée par les décisions des arrêts, les enseignements de la doctrine et les dispositions de la loi romaine. Cette triple source avait multiplié les présomptions légales. Mais leur multiplicité même en avait affaibli l'autorité, et elles avaient perdu en force ce qu'elles avaient gagné en nombre. Il en existait beaucoup qui, par les conditions auxquelles elles étaient soumises, ne dépassaient guère, en force probante, les simples présomptions de fait. Le Code ne les ayant point consacrées, elles sont restées dans la classe des présomptions ordinaires ou de l'homme. Nous en avons vu plusieurs exemples, et, pour n'en rappeler que quelques-uns, nous citerons la cancellation du titre (1) et les quittances répétées d'arrérages de rentes et de loyers (2).

(1) L. 24, *ff. De probat.*
(2) L. 3, C. *De apoch. publ.*

4. L'article 1350 énumère certains actes ou certains faits auxquels la loi attache une présomption légale. Tels sont, dit-il, 1° les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité.

Ainsi, toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. Seront réputées personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants, et l'époux de la personne incapable (911). Ainsi encore seront réputées faites à personnes interposées, les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux, issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire (1100). C'est ainsi enfin que les articles 446 et suivants du Code de commerce déclarent nuls certains actes faits par le failli dans le temps qui a précédé sa faillite.

5. Tels sont, 2° les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées.

La propriété : toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire, à ses frais, et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé (553). Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre les bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire (653). Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens, s'il n'y a titre ou marque du contraire (666). Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture, ou s'il n'y a titre ou possession suffisante du contraire (670). Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale, an-

térieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation (1402). Si le mobilier, existant lors du mariage ou échu depuis, n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt (1499). La prescription est un moyen d'acquérir... par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi (2219). On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre (2230). Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire (2231). Le possesseur actuel qui prouve avoir possédé anciennement est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire (2234).

La libération : la remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération (1282). La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le payement, sans préjudice de la preuve contraire (1283). La quittance du capital, donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le payement et en opère la libération (1908). La prescription est un moyen de se libérer... par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi (2219). Les dons et legs faits au fils de celui qui se trouve successible à l'époque de l'ouverture de la succession, sont toujours réputés faits avec dispense du rapport (847). Les dons et legs faits au conjoint d'un époux successible, sont réputés faits avec dispense du rapport (849). La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à la charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible ; et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale (918).

Ces exemples suffisent, sans doute, pour faire comprendre comment la loi, tirant elle-même des inductions des circons-

tances particulières du fait ou de la qualité des personnes, fonde une présomption légale qui tient lieu de preuve pour le juge, soit qu'elle en fasse résulter la propriété ou la libération des parties.

6. Telles sont, 3° l'autorité que la loi attribue à la chose jugée, dont nous traiterons sous l'article suivant; et 4° la force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment, et dont nous nous occuperons sous les sections suivantes.

7. L'article 1350 est loin d'être limitatif. L'énumération qu'il contient est simplement énonciative, et il existe, indépendamment de ceux qu'il indique, une foule de cas où de véritables présomptions légales sont expressément ou virtuellement consacrées.

Ce n'est pas sur un autre fondement que celui d'une présomption légale que, par exemple, la loi est déclarée exécutoire dû moment où la promulgation est réputée connue (1);

Que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari (312); qu'il ne peut être désavoué que dans certains cas déterminés; que la possession d'état non contredite par l'acte de naissance sufit pour prouver sa légitimité, dans le cas prévu par l'article 197;

Que de plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, et mortes dans un même évènement, les unes sont réputées avoir survécu aux autres (720, 721, 722);

Que, en matière de louage, l'état des lieux lors de leur réception (1731), et la durée du bail (1758, 1774), sont, dans le silence des parties, réglés par des dispositions spéciales;

Enfin, que la bonne foi est toujours présumée (2268).

Aux divers cas énoncés dans l'article 1350, nous devons donc ajouter tous ceux où la loi fait résulter de certaines circonstances déterminées la preuve d'un état, d'une qualité ou d'une capacité personnelle, d'un droit ou d'une obligation quelconque.

8. Mais il ne faut confondre, ni dans leur principe, ni dans leurs effets, les présomptions légales dont nous nous occupons ici avec certaines dispositions de la loi qui, dans des vues d'ordre public ou d'intérêt général ou privé, statuent, soit sur le fond, les formes et les conditions des actes et des contrats; soit sur les droits, les obligations, l'état, la qualité ou la capacité des personnes. Les dispositions de cette nature peuvent bien être fondées sur des présomptions particulières; mais ces présomptions ne sont que les motifs de la loi, et elles n'ont aucun rapport avec les présomptions légales, proprement dites, dont le caractère propre et essentiel est de tenir lieu de preuve et de dispenser de toute autre preuve.

Cette distinction a échappé généralement aux auteurs, qui confondent volontiers les présomptions légales que la loi attache elle-même, comme fondement d'une preuve juridique, à certains actes ou à certains faits, avec les motifs sur lesquels sont fondées plusieurs dispositions irritantes (1). Tels sont les présomptions d'incapacité, de dol, d'erreur ou de lésion, sur lesquelles la loi s'appuie pour déclarer nuls ou rescindables les actes faits par les mineurs, les interdits, les femmes mariées; les ventes entre époux (1595); le traité passé entre le tuteur et le mineur devenu majeur, suivant l'article 472; les dispositions faites au profit de certaines personnes désignées dans l'article 909; enfin, les stipulations exorbitantes prévues, en cas de gage ou d'antichrèse, par les articles 2078 et 2088. Soit que, dans ces diverses hypothèses, l'intérêt privé des parties se lie ou non à l'intérêt public, les dispositions de la loi constituent purement et simplement des prescriptions législatives, dont l'effet est de soumettre les actes qui y contreviennent à une action en rescision ou en nullité, et de les y soumettre sur l'évidence de l'infraction, à la différence des présomptions légales, proprement dites, qui n'y soumettent les actes auxquels elles s'appliquent qu'en les réputant, d'après leur seule qualité, faits en fraude de la loi.

(1) Voy. DURANTON, T. 13, nos 421 et suiv.

Article 1351.

L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

Sommaire.

1. Autorité de la chose jugée. Son fondement.
2. Ce qu'on doit entendre par chose jugée.
3. Peu importe que le jugement soit susceptible d'un recours extraordinaire.
4. Jugements rendus par un juge de paix par suite d'une prorogation de juridiction.
5. Sentences rendues en matière d'arbitrage volontaire ou forcé.
6. Jugements émanés des tribunaux étrangers.
7. Sentences arbitrales rendues en pays étranger. Distinction.
8. Jugements rendus à l'étranger par des magistrats français, ou en France par une juridiction étrangère.
9. Exceptions en vertu des lois politiques ou des traités.
10. Un jugement doit exister au moins quant à la forme apparente.
11. Distinction entre la non existence et les vices de nullité.
12. Juridiction contentieuse et gracieuse. Exemples.
13. Procès-verbaux et jugements d'ordre.
14. Le jugement doit avoir un caractère décisoire définitif.
15. Jugements préparatoires,
16. Interlocutoires,
17. Et provisoires.
18. La chose jugée réside dans le dispositif seul.
19. Il doit contenir une disposition certaine.
20. Incertitude résultant de la contrariété des dispositions.
21. Formules hypothétiques.
22. Condamnations conditionnelles,
23. Pénales, comminatoires. Distinctions.
24. Condamnations dans ces termes : En l'état, quant à présent.
25. Suite. Distinction.
26. Suite. Action en revendication rejetée, quant à présent, à défaut de preuve.
27. Dispositions expresses et implicites. Exemples.
28. Distinction entre ce qui est décidé ou simplement supposé par le jugement.

29. Énonciations simples. Exemples.
30. Le litige sert de mesure au jugé.
31. Peu importe que le point litigieux ait été principalement ou incidemment l'objet d'une demande ou d'une exception.
32. Article 1351. Triple identité d'objet, de cause et de parties.
33. Difficulté de la matière.
34. Identité de l'objet de la demande. Identité corporellé.
35. Elle reçoit son application du tout à la partie.
36. Identité numérique. Exemples.
37. Identité abstraite du droit. Comment alors la partie est censée dans le tout.
38. Suite. Propriété, usufruit.
39. Suite. Distinction.
40. Droits d'usage ou d'habitation, usufruit.
41. Possessoire, pétitoire.
42. Caution, exceptions personnelles. Droits et objets différents.
43. Propriété, servitude.
44. Servitudes différentes. Droit de passage.
45. Suite. Nouvel exemple de servitude.
46. Suite. Simples modifications du même droit de servitude. Exemples.
47. Comment le tout n'est pas contenu dans la partie.
48. Suite.
49. Suite.
50. Suite. Quand le jugement rendu sur la partie statue virtuellement sur le tout.
51. Suite. Conséquences. Demande des intérêts, du principal, des accessoires.
52. Suite. Corps de domaine, héritage particulier, usufruit, usage, servitude.
53. Suite. Partie, tout; hérédité, objets singuliers.
54. Résumé.
55. Divertissements de choses héréditaires. Objets différents.
56. Ordre. Prix d'autres immeubles.
57. L'identité de l'objet s'apprécie mieux quelquefois d'un côté que de l'autre.
58. Nouvelle réclamation venant en augmentation du bénéfice du premier jugement. En quel cas elle est recevable. Intérêts. Dépens.
59. Identité de la cause.
60. Sens du mot cause.
61. La cause se distingue de l'objet, du droit et de son émolument.
62. Elle ne doit pas être confondue avec les moyens justificatifs.
63. La diversité des moyens importe peu,
64. Ainsi que la diversité des motifs qui déterminent la demande.
65. Pourquoi l'identité de cause est exigée.

99. Jugements rendus avec le grevé de substitution.
100. Distinction entre les jugements rendus pour ou contre le prétendu mandant. Réfutation de ce système.
101. Comment on peut, en dehors de tout mandat, se prévaloir d'un jugement favorable.
102. Exemples; usufruitier, cohéritiers, véritable propriétaire.
103. Héritiers et successeurs universels ou à titre universel.
104. Légataires particuliers.
105. Autres ayants-cause. Double distinction.
106. Le jugement rendu avec leur auteur doit être antérieur à la transmission du droit.
107. Suite. Vendeur, donateur.
108. Peu importe que l'ayant-cause ait eu connaissance du procès engagé depuis avec son auteur. Décision de la loi romaine rejetée.
109. A moins que les circonstances n'établissent un mandat.
110. Jugements rendus avec le garant seul,
111. Ou avec le garanti.
112. Jugements rendus avec l'auteur, la condition suspensive étant pendante, ou avec l'ayant-cause.
113. Jugements rendus, lorsque l'acte est soumis à une condition résolutoire,
114. Ou à une action en résolution, en révocation ou en nullité.
115. Les créanciers chirographaires sont les ayants-cause de leur débiteur,
116. Même lorsque le jugement reconnaît à leur préjudice un droit de préférence en faveur d'un autre.
117. Comment les créanciers hypothécaires et autres privilégiés sont et ne sont pas les ayants-cause de leur débiteur.
118. Suite. Du créancier gagiste.
119. Suite.
120. Suite.
121. Suite.
122. Suite. Explication d'une opinion de Pothier.
123. Les créanciers hypothécaires ou privilégiés ne sont les ayants-cause que de celui de qui ils tirent personnellement leurs droits.
124. L'auteur n'est pas représenté par l'ayant-cause. Exemple.
125. Suite. Autre hypothèse.
126. Les créanciers chirographaires ou hypothécaires, et autres successeurs singuliers, ne représentent point leur auteur,
127. Surtout lorsqu'ils agissent en vertu de l'article 1167.
128. L'héritier institué ne représente point les légataires.
129. Les légataires ne se représentent point entre eux.
130. L'article 800 ne fait pas exception à l'article 1351.
131. Contestations et réclamations d'état.
132. Suite.

COMMENTAIRE.

1. L'autorité de la chose jugée est l'autorité même de la justice, et le respect qui lui est dû est le respect même que l'on doit aux actes de la souveraineté et aux lois de son pays.

Elle repose sur cette présomption légale, que la chose jugée est l'expression exacte de la vérité; *res judicata pro veritate accipitur* (1). Une présomption d'infaillibilité relève ainsi le caractère de la justice. Mais ce n'est qu'une présomption légale fondée elle-même sur la nécessité de mettre un terme aux contestations, de fixer les droits de tous, de rassurer la propriété, de maintenir la sécurité des fortunes, le repos des familles, de protéger, en un mot, les intérêts les plus essentiels de l'ordre public. Ce serait, en effet, une affreuse et déplorable anarchie, si l'on pouvait incessamment remettre en question et faire re-

(1) L. 207, *ff. De reg. jur.*

juger les points déjà jugés, surtout s'il y avait contrariété dans les jugements (1). Aussi Cicéron (2) dit-il avec beaucoup de raison que l'autorité de la chose jugée est le plus ferme soutien de la république; *status enim reipublicæ maxime judicatis rebus continétur.*

Tels sont les effets de la présomption légale sur laquelle elle repose, que les décisions contenues dans le jugement passé en force de chose jugée, tant sur le point de fait que sur le point de droit, sont réputées conformes à la vérité et à la loi. Ce n'est pas certainement que les juges ne puissent avoir, en réalité, commis une erreur ou une injustice, en tenant pour vrai ce qui était faux, et pour faux ce qui était vrai, soit en considérant comme conforme à la loi ce qui y était contraire, ou comme contraire à la loi ce qui y était exactement conforme. On le comprend sans peine, et l'expérience ne le démontre que trop souvent; car, quelle que soit la puissance de la chose jugée, elle ne saurait aller jusqu'à changer la nature des choses. La présomption de vérité qui lui sert de fondement ne s'applique donc qu'aux effets civils du jugement, considéré comme constatant l'existence de droits et d'engagements juridiques, judiciairement reconnus entre les parties litigantes. C'est sous ce rapport seulement que l'on peut dire de la chose jugée : iniquité ou erreur, soit; mais c'est justice et vérité.

2. Ni le Code Napoléon, ni le Code de procédure ne définissent ce que l'on doit entendre par chose jugée. L'ordonnance de 1667, titre 27, article 5, indiquait au moins certains cas dans lesquels les jugements passaient en force de chose jugée. Telles étaient ses dispositions : « Les sentences et jugements qui doivent passer en force de chose jugée, sont ceux rendus en dernier ressort, et dont il n'y a appel, ou dont l'appel n'est pas recevable, soit que les parties y eussent formellement acquiescé, ou qu'elles n'en eussent interjeté appel dans le temps, ou que l'appel ait été déclaré péri. » Aujourd'hui encore, les

(1) L. 6, *ff. De except. rei jud.*
(2) *Pro Sullâ*, nº 22.

principes qu'elles consacrent sont en pleine vigueur, et les jugements qui ont l'autorité de la chose jugée sont ceux qui ont été légalement rendus en dernier ressort, ou qui, ayant été rendus en premier ressort, ne sont plus susceptibles d'être attaqués par la voie de l'appel, soit qu'il y ait eu, de la part de la partie condamnée, acquiescement exprès ou tacite, soit qu'elle ait laissé passer les délais fixés sans interjeter appel, soit enfin que l'instance d'appel soit tombée en péremption par la discontinuation de la procédure (469, C. pr.).

Les jugements qui ont été rendus en premier ressort, et dont il est encore possible d'interjeter appel, ont bien, comme le remarque Pothier (1), tant qu'aucun appel n'a été interjeté, de même que ceux qui ont été rendus en dernier ressort, une espèce d'autorité de chose jugée qui donne à la partie en faveur de qui ils ont été rendus, le droit d'en poursuivre l'exécution. Mais cette autorité n'est que temporaire et tombe aussitôt qu'il y a appel interjeté, sans que même il y ait lieu de distinguer, quant à la force de chose jugée proprement dite, entre les jugements qui ne sont pas déclarés exécutoires par provision, et ceux qui le sont nonobstant appel. Car cette puissance d'exécution provisoire est bien différente de la force de chose jugée. Si enfin ces jugements ne sont pas attaqués dans les délais utiles, leur autorité comme chose jugée devient définitive, de provisoire qu'elle était.

Quant aux jugements rendus en instance d'appel, comme ils sont définitifs, et qu'ils ne peuvent désormais être attaqués par aucune voie de recours ordinaire, ils sont pleinement et absolument investis de l'autorité de la chose jugée ; ils ont, suivant l'expression de Pothier (2), une autorité stable et perpétuelle.

Que si le jugement, au lieu d'être contradictoirement rendu, l'a été par défaut, il faut alors, pour savoir s'il est passé en force de chose jugée, se demander s'il peut être encore attaqué

(1) *Chose jugée*, n° 3. — MARCADÉ, art. 1351, n° 1.
(2) *Ibid.*, n° 4.

par la voie de l'opposition, et, dans le cas où cette voie de recours n'est plus ouverte, s'il est en outre possible d'en interjeter appel. Ce n'est que dans le cas où l'une et l'autre de ces voies de recours sont fermées que le jugement passe en force de chose jugée.

Du reste, il n'y a pas à distinguer entre les jugements par défaut rendus contre le défendeur, et les jugements de défaut-congé par lesquels le juge donne défaut contre le demandeur qui ne se présente pas, et renvoie en même temps le défendeur de la demande. Quelque soit le mode de recours dont sont susceptibles les jugements de cette dernière espèce, ils ne laissent pas d'acquérir, comme les autres, l'autorité de la chose jugée (1).

Un jugement n'acquiert ainsi, en définitive, l'autorité de la chose jugée, que dans le cas où il a été rendu contradictoirement et en dernier ressort; ou bien, s'il a été rendu par défaut ou en premier ressort, que dans le cas où il n'est plus susceptible ni d'opposition ni d'appel.

L'autorité de la chose jugée n'est alors elle-même que la conséquence de la présomption de vérité qui s'attache à ce qui a été jugé, soit en point de fait, soit en point de droit, par une décision qui désormais ne peut être attaquée par aucune voie ordinaire de recours.

3. Ce n'est pas que le jugement ne puisse, même dans ce cas, être susceptible d'un recours extraordinaire, tel que la voie de cassation, de requête civile ou de tierce-opposition. Mais l'existence d'un semblable recours, et même son exercice de la part de la partie, ne font pas obstacle à ce que le jugement passe en force de chose jugée. Il ne peut être destitué de la force qui lui est inhérente, que par le succès du recours dirigé contre lui (2).

(1) BERRIAT, pag. 257, nº 14. — DALLOZ, Rép., vº *Chose jugée*, nº 52. — Metz, 10 août 1855. SIREY, 55, 2, 681. — Douai, 20 janv. 1855. SIREY, 56, 2, 212.

(2) DURANTON, T. 13, nºs 457 et suiv. — TOULLIER, T. 10, nº 100. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 764.

4. Moyennant le concours des conditions que nous expliquerons bientôt, il n'est aucune juridiction légalement constituée dont les décisions ne puissent acquérir la force de chose jugée. Cette autorité appartient même aux jugements rendus par un juge de paix, en vertu d'une prorogation de sa juridiction. Ces décisions ont, en effet, tous les caractères de véritables jugements, et comme les voies directes de nullité n'ont lieu contre les jugements ni par action principale, ni incidemment par voie d'exception; qu'ils ne peuvent être annulés que par une juridiction régulièrement et compétemment saisie par l'un des modes de recours que la loi autorise, il suit que ces jugements peuvent, avec toute l'autorité de la chose jugée, conférer hypothèque judiciaire, sans qu'ils puissent, en dehors de tout recours légal, être annulés dans une instance d'ordre (1); ou servir de titre pour saisir immobilièrement, sans que les juges saisis, incidemment à la poursuite, de la question de leur validité, aient le pouvoir de les annuler ou infirmer (2).

5. Les sentences rendues en matière d'arbitrage volontaire ou forcé passent elles-mêmes, comme les jugements ordinaires, dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions, en force de chose jugée. Et cette autorité est la même que pour les décisions émanées des tribunaux ordinaires (3).

Nous remarquerons seulement que les jugements arbitraux, même ceux préparatoires, ne peuvent être exécutés qu'en vertu d'une ordonnance d'*exequatur* (1021, C. pr.); que, dans certains cas déterminés par l'article 1028, C. pr., les parties peuvent demander, par opposition à l'ordonnance d'exécution, la nullité de l'acte qualifié jugement arbitral, et qu'enfin il n'y a de recours en cassation que contre les jugements des tribunaux rendus, soit sur requête civile, soit sur appel d'un jugement arbitral (1028, C. pr.).

(1) Paris, 19 août 1841. Sirey, 42, 2, 251. — Cass., 6 janv. 1845 Sirey, 45, 1, 188.
(2) Cass., 13 nov. 1843. Sirey, 43, 1, 866.
(3) Cass., 11 juin 1838. Sirey, 38, 1, 831.

Nous ajoutons, quant à l'arbitrage forcé, qu'une loi du 17 juillet 1856 eu a prononcé la suppression.

6. Les seuls jugements qui puissent acquérir l'autorité de la chose jugée sont ceux qui émanent d'une juridiction française. Quant aux jugements rendus par les tribunaux étrangers, soit en matière civile, soit en matière commerciale (1), ils ne passent pas, par eux-mêmes et de plein droit, en force de chose jugée, lorsqu'il s'agit de les exécuter en France. L'autorité du pouvoir judiciaire et la force exécutoire de ses actes se lient, en effet, aux principes mêmes de la souveraineté. C'est un point de droit public aujourd'hui incontesté, et consacré par plusieurs dispositions de nos Codes. Les jugements rendus par les tribunaux étrangers, porte l'article 546, C. pr., ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par l'article 2123 du Code Napoléon. Or, cet article dispose que l'hypothèque ne peut résulter des jugements rendus en pays étrangers, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités.

Il s'ensuit qu'il ne saurait y avoir violation des principes de la chose jugée, dans le cas où le jugement émané d'un tribunal étranger, et auquel on prétend attribuer l'autorité de la chose jugée, n'a pas été revêtu des formes nécessaires pour le rendre exécutoire en France (2).

Ce n'est pas cependant que, sauf le droit de révision préalable à l'exécution par les tribunaux français, une partie soit recevable à reproduire devant eux, pour la leur faire juger de nouveau, une demande qui a été déjà portée par elle devant une juridiction étrangère, et y a reçu contre elle une décision définitive, lorsqu'il résulte des circonstances de la cause qu'au lieu d'user du droit que lui confère l'article 14, de citer devant les

(1) GRENIER, *Hyp.*, t. 1, nº 209. — ZACHARIÆ, t. 1, pag. 58, nte 3. — MERLIN, *Quest.*, vº *Jugement*, § 14.

(2) Cass., 27 déc. 1852. SIREY, 53, 1, 94.

tribunaux français l'étranger, même non résidant en France, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France ou en pays étranger, elle y a spontanément et volontairement renoncé, en soumettant sa contestation à la juridiction étrangère. Il s'est alors formé entre elle et sa partie adverse un contrat judiciaire qui, conformément au droit général des conventions, fait obstacle à ce que le point déjà jugé par les tribunaux étrangers soit reproduit et débattu de nouveau devant les tribunaux français (1).

Que si, au contraire, il ne résulte ni des documents du procès, ni des circonstances de la cause, qu'elle ait ainsi renoncé au droit qui lui est attribué par l'article 14, dans ce cas, en l'absence de tout contrat judiciairement formé, elle est encore recevable, nonobstant le jugement émané de la juridiction étrangère qui a repoussé ses prétentions, à traduire son débiteur étranger devant les tribunaux français (2). La recevabilité de l'action reste donc subordonnée, en définitive, à une question de fait et d'intention.

Comme les jugements rendus par des tribunaux étrangers ne sont destitués en France de l'autorité de la chose jugée, qu'à raison de l'extranéité de la juridiction de laquelle ils émanent, il importe peu qu'ils concernent deux Français, un Français et un étranger, ou même deux étrangers de même nationalité ou de nationalités différentes. Il est également indifférent que telle ou telle partie ait été demanderesse ou défenderesse. Le jugement n'en est pas moins, dans tous les cas, non susceptible de passer par lui-même en force de chose jugée (3).

Les parties auront donc à se pourvoir devant les tribunaux français, afin de faire déclarer par eux le jugement exécutoire.

(1) Cass., 15 nov. 1827. Sirey, 28, 1, 121.—31 déc. 1844. Sirey, 45, 1, 362.— 24 fév. 1846. Sirey, 46, 1, 474.

(2) Paris, 22 nov. 1851. Sirey, 51, 2, 783. — Cass., 27 déc. 1852. Sirey, 53, 1, 94.

(3) Troplong, *Hyp.*, n° 451.—Merlin, *ibid.*—Zachariæ, t. 1, pag. 59. — Grenier, *Hyp.*, t. 1, n°s 208 et suiv. — Toullier, t. 10, n°s 76 et suiv. — Cass., 19 avril 1819. Sirey, 19, 1, 288. — 14 juill. 1825. Sirey, 26, 1, 378.

Mais il ne suffira pas d'un simple visa, ou *pareatis*, ou ordonnance d'*exequatur*, accordés sans connaissance de cause. Les parties sont autorisées à débattre de nouveau leur affaire devant la juridiction française régulièrement saisie, et cette dernière a elle-même le pouvoir de la juger, comme si déjà aucune décision n'avait été rendue par une juridiction étrangère. L'article 121 de l'ordonnance de 1629 en avait une disposition formelle : « Nonobstant les jugements rendus ès-royaumes et souverainctés étrangères, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers devant nos officiers. » Pour être moins formel, l'article 2123 ne laisse pas de consacrer le même principe, et d'établir en faveur des tribunaux français un droit de révision et d'examen (1).

Mais, dans le cas même où ils sont autorisés à rejuger, après examen nouveau, ce qui a été déjà l'objet d'une décision de la part d'une juridiction étrangère, les enquêtes, interrogatoires et autres actes d'instruction qui auront eu lieu pour préparer le jugement, subsistent et sont admis, avec tous leurs effets, devant la juridiction française. Bien que la décision, au fond, n'ait point l'autorité de la chose jugée, cependant, les moyens de preuve en conséquence desquels elle a été rendue, considérés comme documents juridiques et par rapport à la force probante qui y est attachée, conservent toute leur autorité (2), à moins que l'enquête n'ait été ordonnée dans un cas où la loi française prohibe la preuve testimoniale, ou que les témoins entendus ne soient de ceux dont elle défend de recevoir le témoignage (3). A plus forte raison, subsistent les aveux, déclarations, acquiescements, renonciations et désistements de la partie. La considération en laquelle ils sont pris, sans que d'ailleurs il y ait chose jugée, ne viole en rien le principe poli-

(1) TROPLONG, *ibid.* — ZACHARIÆ, T. 1, pag. 57, n^te 1. — MERLIN, Quest., v° *Jugement*, § 14. — GRENIER, *Hyp.*, n°s 207 et suiv.

(2) GRENIER, *Hyp.*, n° 211. — ZACHARIÆ, T. 1, pag. 59, n^te 8. — TOULLIER, T. 10, n° 86.

(3) TOULLIER, *ibid.*

tique de la souveraineté nationale, et se rattache exclusivement aux principes généraux et de droit commun qui régissent les contrats.

7. Quant aux sentences arbitrales rendues en pays étranger, elles ne sont sans doute exécutoires en France, de même que si elles y avaient été prononcées, qu'en vertu d'une ordonnance d'*exequatur*, conformément à l'article 1020, C. pr. Mais cette simple ordonnance du juge français suffit, sans que les parties aient le droit de débattre de nouveau devant lui leur litige comme entier. L'arbitrage, considéré comme convention, appartient en effet au droit des gens, et établit entre les contractants un lien obligatoire de droit. L'arbitre, quel qu'il soit et en quelque lieu qu'il rende sa sentence, juge, non point en magistrat revêtu d'une autorité publique quelconque, mais en simple particulier investi de la confiance des parties, et en vertu du mandat privé qu'il en a reçu. Il n'a ainsi aucune espèce de juridiction publique ni territoriale (1).

Cependant, si, au lieu d'un arbitrage volontaire, il s'agissait d'un arbitrage forcé, et que les parties, bien loin de compromettre volontairement, eussent été renvoyées forcément devant des arbitres par la juridiction étrangère saisie de leur contestation, soit que le juge les eût lui-même nommés, ou qu'elles se fussent entendues pour les choisir, nous pensons que, dans ce cas, la sentence arbitrale ne serait pas susceptible par elle-même de recevoir son exécution en France, en vertu d'une simple ordonnance d'*exequatur*, ni de passer ainsi en force de chose jugée, quand bien même la matière aurait été en France le sujet d'un arbitrage forcé, avant la loi du 17 juillet 1856 qui en a prononcé l'abrogation. La juridiction arbitrale, alors qu'elle est forcée, ne résulte plus en effet, comme l'arbitrage volontaire, de la seule convention des parties. Elle forme, au contraire, une institution publique qui participe, par le principe

(1) TROPLONG, *Hyp.*, n° 453. — GRENIER, *Hyp.*, T. 1, n° 213. — ZACHARIÆ, T. 1, pag. 59. — MERLIN, Quest., v° *Jugement*, § 14, n° 3. — TOULLIER, T. 10, n° 87. — Paris, 7 janv. 1833. SIREY, 33, 2, 145.

même de son établissement, du caractère public et politique des autres juridictions de la nation étrangère. Les arbitres sont alors de véritables délégués du pouvoir étranger, et les décisions qui en émanent ne sauraient, pas plus que celles rendues par les tribunaux ordinaires, faire obstacle, lorsqu'il s'agit de les exécuter en France, au droit de révision et d'examen qu'un principe de droit constitutionnel réserve en faveur des tribunaux français (1).

Il en est de même lorsque, s'agissant d'un arbitrage volontaire, le tiers arbitre a été désigné par la juridiction étrangère, sans le concours ni l'assentiment des parties, pour décider les points litigieux entre elles. Ce tiers arbitre, procédant alors comme délégué de la puissance publique étrangère, rend une décision dont le caractère, réellement judiciaire, la soumet à la révision des juges français, conformément aux dispositions de l'ordonnance de 1629, implicitement consacrée par notre droit nouveau (2).

8. En parlant de jugements rendus en pays étranger, l'article 2123 signifie, comme l'article 546, C. pr., des jugements rendus par des tribunaux étrangers. On doit, en conséquence, assimiler, quant à la force exécutoire et l'autorité de chose jugée, aux jugements rendus en France, les jugements rendus en pays étrangers par les agents consulaires français (3).

Réciproquement, les jugements rendus même en France, par exemple, à la suite d'une invasion hostile, par une juridiction étrangère, ne peuvent par eux-mêmes, comme s'ils avaient été rendus à l'étranger, passer, à l'égard des tribunaux français, en force de chose jugée. Ils contiennent une violation d'autant plus flagrante du principe de la souveraineté nationale, que la juridiction de laquelle ils émanent se rattache, par le principe de son institution en France, à un état de guerre

(1) *Contrà*, TOULLIER, T. 10, n° 88.

(2) Cass., 16 juin 1840. SIREY, 40, 1, 583.

(3) TROPLONG, *Hyp.*, n° 452. — GRENIER, *Hyp.*, T. 1, n° 212. — ZACHARIÆ, T. 1, pag. 58, n° 4.

et à une situation violente qui ne peuvent fonder aucune espèce de droit (1).

9. Du reste, le principe que les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne peuvent être invoqués comme ayant en France l'autorité de la chose jugée, reçoit exception dans le cas où des dispositions contraires se trouvent dans les lois politiques ou dans les traités (2123). Et cette exception n'est point elle-même subordonnée, dans son application, à la condition que les conventions diplomatiques contiennent une stipulation de réciprocité entre les États contractants. Elle ne saurait non plus résulter, par droit de réciprocité, de ce qu'une puissance étrangère aurait unilatéralement accordé l'autorité de chose jugée aux jugements émanés des tribunaux français (2).

10. Nous supposerons maintenant, dans les explications qui vont suivre, qu'il s'agit de jugements rendus par les tribunaux français, ou que, s'ils ont été rendus par une juridiction étrangère, ils sont, en vertu des lois politiques ou des traités, susceptibles d'acquérir en France l'autorité de la chose jugée.

La première condition pour qu'un jugement puisse passer en force de chose jugée, c'est qu'il soit revêtu des formes qui lui donnent l'apparence d'un jugement. La stabilité des jugements rendus par les Cours, porte un avis du conseil d'État du 31 janvier 1806, repose, il faut en convenir, non sur la certitude acquise qu'un arrêt est juste, mais sur la présomption de sa justice, quand il est revêtu des formes qui lui donnent le caractère d'un jugement. Cette condition de formes est substantielle. Car on ne saurait investir de l'autorité imposante que la loi attache à la chose jugée, un acte informe, destitué des apparences mêmes d'une décision judiciaire.

Ces vices dont le prétendu jugement peut être infecté, tiennent, tantôt à l'irrégularité de sa forme et au défaut des con-

(1) Ordonn. du 20 nov. 1815. — MERLIN, Rép., v° *Souveraineté*, n° 8.
(2) TOULLIER, T. 10, n° 91 et 92.

ditions extérieures auxquelles son existence, comme décision judiciaire, est essentiellement subordonnée, tantôt à l'absence de tout pouvoir de juridiction, de la part de ceux dont il est censé l'œuvre, et qui n'ont pu se donner l'apparence même de juger que par une flagrante usurpation d'autorité. L'acte présenté comme constituant un jugement est alors frappé de non existence. Il est impuissant à acquérir la force de chose jugée, et toute juridiction devant laquelle il est invoqué par voie d'action principale ou d'exception, peut le déclarer inexistant.

11. Il ne faut pas confondre ce vice de non existence avec celui de nullité. Dans les principes du droit romain, il y avait des jugements nuls de plein droit qui ne produisaient aucun effet, dont il n'était pas nécessaire d'appeler, et qui n'acquéraient jamais l'autorité de la chose jugée. Ils pouvaient être déclarés nuls par le juge devant lequel on exceptait de leur nullité (1). C'étaient les jugements qui étaient rendus expressément en contravention aux dispositions de la loi (2), qui décidaient que la loi ne devait pas être observée. La sentence était alors dite injuste, *sententia injusta*, parce qu'elle était en opposition formelle avec la rigueur du droit, *expressim contra juris rigorem*, avec droit résultant des lois établies, et non pas le droit privé du plaideur, *de jure constitutionis, non de jure litigatoris*. La sentence était, au contraire, dite simplement inique, *iniqua*, si la loi avait été seulement mal appliquée, ou, autrement, violée.

Mais, comme voies de nullité n'ont point lieu en France (3), il y a toujours nécessité de se pourvoir, par les voies de recours ordinaires ou extraordinaires, opposition, appel, cassation ou requête civile (480, n°s 2 et 8, 481, C. pr.), pour faire prononcer la nullité de semblables jugements (4), quelque évi-

(1) L. 1, C. *De sent. et inter.* — L. 19, *ff. De appell. et relat.*

(2) L. 19, *ff. ibid.* — L. 1, § 2, *ff. Quæ sent. sine appell. rescind.*

(3) Loisel, *Instit.*, liv. 5, tit. 2, règle 5.

(4) Troplong, *Prescript.*, n° 608. — Cass., 7 nov. 1838. Sirey, 38, 1, 865.

dente qu'elle soit, si elle n'a pas été couverte par les parties, soit qu'elle résulte de l'inobservation des formes prescrites à peine de nullité, de la violation de la loi, de l'incapacité de la partie d'ester en jugement, de l'incompétence personnelle ou matérielle (1), ou de la constitution vicieuse du tribunal (2). Ils sont donc susceptibles d'acquérir l'autorité de la chose jugée (3).

12. Tous actes de juridiction, quelque réguliers qu'on les suppose, ne sont cependant pas indistinctement susceptibles de passer en force de chose jugée. Il faut, à cet égard, distinguer entre les jugements rendus en matière de juridiction contentieuse, et ceux rendus en matière de juridiction gracieuse. Les premiers sont les seuls auxquels la loi attache l'autorité de la chose jugée.

Quant aux autres, alors même qu'ils ont acquis la force de chose jugée qui leur est propre, et qu'ils ne sont plus susceptibles d'aucun recours ordinaire, néanmoins toute partie intéressée peut, sans qu'elle soit tenue de se pourvoir directement contre la décision rendue, faire valoir ses droits par voie d'action principale ou d'exception, soit qu'elle attaque de nullité le jugement ou qu'elle prétende qu'il ne lui est pas opposable.

Ainsi, le jugement d'envoi en possession des biens d'un absent n'a point l'autorité de la chose jugée à l'égard des tiers qui se prétendent plus tard seuls héritiers présomptifs de l'absent au moment de ses dernières nouvelles. Il n'est pas non plus susceptible d'être attaqué par eux par la voie de la tierce-opposition (4).

De même, les jugements rendus sur requête, pour autoriser l'aliénation du bien dotal, n'étant point susceptibles de passer en force de chose jugée, ne font point obstacle à ce que, plus

(1) Cass., 21 août 1843. Sirey, 44, 1, 180.
(2) Loi du 20 avril 1810, art. 7.
(3) Pothier, nos 17, 22, 27 et suiv. — Toullier, t. 10, nos 111 et suiv. — Merlin, Rép., vo *Appel*, sect. 2, § 5, et Quest., vo *Appel*, § 9, et vis *Chose jugée*, § 3. — Zachariæ, t. 5, pag. 766.
(4) Cass., 3 déc. 1834. Sirey, 35, 1, 230.

tard, la femme excipe de l'inaliénabilité de sa dot, pour en obtenir la rétractation, lorsqu'elle agit par la voie contentieuse, sans qu'elle ait à prendre aucune des voies ordinaires ou extraordinaires de recours (1),

Nous supposons que l'aliénation a été autorisée en dehors des cas prévus par l'article 1558, ou sans l'observation des formalités protectrices qu'il prescrit ; car, si toutes les formes exigées avaient été remplies, et que, dans ses termes, l'autorisation fût fondée sur l'une des justes causes d'aliénation établies par la loi, la femme ne serait point admise à demander plus tard, contre les tiers, la nullité de l'aliénation, en alléguant la fausseté des faits sur lesquels les juges ont motivé leur autorisation. La bonne foi des tiers qui ont contracté sous la garantie de la justice, et après vérification par elle d'une cause légale d'aliénation, suffit pour les protéger contre tout recours de la part de la femme (2).

Les jugements de juridiction gracieuse se distinguent des jugements de juridiction contentieuse par ce caractère essentiel ; c'est qu'ils ne font, dans le cas même où il y a débat, qu'autoriser, permettre ou défendre, sans reconnaître ni déclarer l'existence d'aucun droit litigieux qui soit, par rapport à une partie adverse, le sujet d'une condamnation ou d'un acquittement. Au contraire, les jugements rendus en matière de juridiction contentieuse sont ceux qui statuent essentiellement sur des droits antérieurs, contestés et débattus en justice, dont ils déclarent judicialrement l'existence, en mettant fin à la contestation par la condamnation ou l'acquittement de l'une des parties litigantes.

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 763. — Troplong, *Contrat de mariage*, n°s 3496 et suiv. — Caen, 18 déc. 1837. Sirey, 39, 2, 186, et 12 juin 1842. Sirey, 42, 2, 462. — Cass., 26 avril 1842. Sirey, 42, 1, 541.

(2) Troplong, *Contrat de mariage*, n°s 3493 et suiv — Cass., 25 mai 1840. Sirey, 40, 1, 699. — 17 mars 1847. Sirey, 47, 1, 576. — Rouen, 29 mai 1847. Sirey, 48, 2, 245. — Cass., 30 nov. 1850. Sirey, 51, 1, 29. — 22 août 1855. Sirey, 56, 1, 319. — 7 juillet 1857. Sirey, 57, 1, 733.

On doit donc considérer, en général, comme rendus en matière de juridiction gracieuse, et comme non susceptibles, dès lors, de passer en force de chose jugée, les jugements qui acaccordent une autorisation, homologuent un avis de famille, admettent une adoption, ordonnent la rectification d'un acte de l'état civil.

Il est néanmoins certains jugements qui, bien que rendus sur un avis de famille, ne sont point censés appartenir à la juridiction gracieuse. Tels sont les jugements qui, sur la demande des maris et des tuteurs, prononcent la réduction des hypothèques légales des femmes et des mineurs. Ils sont, en effet, rendus contradictoirement avec le procureur impérial (2145), auquel, conséquemment, ils doivent être notifiés pour acquérir l'autorité de la chose jugée. On ne saurait y voir une simple homologation de l'avis du conseil de famille, alors surtout que le tribunal n'étant lié ni par cet avis, ni par le consentement de la femme, ni par l'acquiescement du subrogé-tuteur, conserve un droit supérieur d'appréciation. Ces décisions sont donc rendues réellement en matière de juridiction contentieuse (1).

Elles produisent, en conséquence, des effets définitifs et irrévocables, à l'égard des tiers qui ont des droits acquis, alors même qu'il est justifié plus tard que, par suite d'une évaluation erronée ou d'une diminution de valeur des immeubles hypothéqués, soit d'une appréciation inexacte ou d'une augmentation ultérieure des droits et créances de la femme, les intérêts de cette dernière sont compromis par une réduction de son hypothèque sur des immeubles insuffisants (2).

Mais si les biens qui ont été, par le jugement de restriction, libérés de l'hypothèque légale, en demeurent définitivement affranchis, ce n'est qu'à l'égard des tiers qui ont acquis des droits sur eux. Dans les rapports particuliers du créancier et

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 644. — Cass., 3 juin 1834. Sirey, 34, 1, 434. — *Contrà*, Zachariæ, t. 5, pag. 763.

(2) Montpellier, 17 déc. 1851. Sirey, 52, 2, 664. — Limoges, 9 mars 1850. Sirey, 53, 2, 300.

du débiteur, ils n'ont qu'un caractère provisoire et révocable, de telle sorte que la femme, par exemple, lorsque les garanties qui lui ont été conservées sont reconnues insuffisantes, est en droit de demander que son hypothèque soit reportée sur des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer sa dot et ses reprises matrimoniales. Si la loi était entendue et appliquée dans un sens différent, il en résulterait un moyen facile de faire fraude à ses dispositions, et d'éluder les principes d'ordre et d'intérêt public qui ont fait établir dans sa généralité l'hypothèque légale au profit des personnes incapables (1).

13. Le juge agissant seul, en vertu d'une délégation du tribunal, peut lui-même rendre, en matière contentieuse et dans les limites de sa juridiction propre, des décisions susceptibles de passer en force de chose jugée. Tels sont les procès-verbaux de clôture d'ordre ou réglements définitifs du juge commissaire, par lesquels il prononce la déchéance des créanciers non produisant, ordonne la délivrance des bordereaux de collocation aux créanciers colloqués en rang utile, et la radiation des inscriptions de ceux qui ne l'ont pas été. Le procès-verbal de clôture d'ordre a ainsi l'autorité de la chose jugée à l'égard du débiteur et de ses créanciers, ou des créanciers entre eux, de toutes parties enfin qui ont figuré dans l'instance et ont dû veiller à la conservation de leurs droits, non seulement quant au rang, mais encore quant à l'existence, la légitimité et la quotité des créances colloquées. Dès lors, nul ne peut élever de contestations dont le résultat serait de changer, modifier et détruire l'ordre définitivement clos, alors même qu'elles seraient fondées sur la non existence des créances, leur non légitimité, leur extinction partielle ou totale, ou le défaut d'hypothèque (2).

14. L'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'aux juge-

(1) Paris, 10 fév. 1857. Sirey, 57, 2, 124.

(2) Cass. 25 mai 1836. Sirey, 37, 1, 214. — 9 déc. 1846. Sirey, 47, 1, 272. — 15 mai 1849. Sirey, 49, 1, 641. — 11 juill. 1853. Sirey, 55, 1, 202.

ments qui ont un caractère décisoire définitif. La chose jugée, dit Modestin (1), s'entend de la décision du juge qui termine les débats, soit qu'il condamne ou absolve; *res judicata dicitur quæ finem controversiarum prononciatione judicis accipit : quod vel condemnatione vel absolutione contingit.*

Quant aux jugements qui ne font que donner acte d'une offre, d'une acceptation, d'une réserve, ils n'acquièrent point à cet égard force de chose jugée, puisqu'ils n'ont rien décidé et qu'il n'y pas eu de débat, soit qu'il s'agisse plus tard de contester la validité ou les effets de l'engagement prétendu contracté en justice, ou d'user du bénéfice des réserves insérées dans le jugement.

15. Les simples jugements préparatoires, c'est-à-dire ceux qui sont rendus pour l'instruction de la cause, et qui tendent à mettre le procès en état de recevoir jugement définitif (452, C. pr.), ne sont point susceptibles d'acquérir l'autorité de la chose jugée (2). Ils ne lient en aucun cas le juge. Aussi l'appel ne peut-il en être interjeté qu'après le jugement définitif et conjointement avec l'appel de ce jugement, et le délai d'appel ne court que du jour de la signification du jugement définitif (451, C. pr.).

16. Les jugements simplement interlocutoires, c'est-à-dire, ceux par lesquels le tribunal ordonne, avant dire droit, une preuve, une vérification ou une instruction qui préjuge le fond (452, C. pr.), n'acquièrent point eux-mêmes l'autorité de la chose jugée, du moins en ce sens qu'ils ne lient point le juge, alors même qu'ils n'ont point été attaqués et qu'ils ont été volontairement exécutés par toutes parties. Si l'on rapproche, en effet, ces jugements interlocutoires de la décision du fond, on voit qu'il manque toujours l'une des conditions essentielles et fondamentales de la chose jugée, puisqu'il n'y

(1) L. 1, *ff. De re jud.*

(2) Toullier, t. 10, n° 96.—Zachariæ, t. 5, pag. 764.—Duranton, t. 13, n° 452. — Voy. Cass. 27 fév. 1838. Sirey, 38, 1, 216. — 2 juill. 1839. Sirey, 39, 1, 845.—20 oct. 1839. Sirey, 40, 1, 239.

a pas identité d'objet dans les deux cas. La loi réserve donc toujours au juge le droit de s'écarter de l'interlocutoire, *ab interlocutorio discedere*, d'ordonner d'autres mesures d'instruction ou de vérification, et de ne tenir aucun compte de celles qu'il avait d'abord prescrites, ainsi que de l'exécution qu'elles peuvent avoir reçues, lorsque, sur un examen plus approfondi de la cause, elles lui paraissent inefficaces, inutiles ou contraires aux dispositions de la loi.

Il peut aussi, en appréciant la cause dans son entier et sur les résultats de l'interlocutoire, décider que la partie à la charge de laquelle la preuve directe avait été mise, contrairement ou conformément à ses conclusions et offres, n'en était pas tenue, et que c'était à son adversaire à prouver le fondement de ses prétentions, lequel, faute de preuve de sa part, est débouté de sa demande ou de son exception; soit enfin décider au fond, sans contrevenir à la chose jugée, dans un sens contraire à celui que préjugeait l'interlocutoire, par exemple, qu'il n'est dû ni réparation, ni indemnité, ni dommages et intérêts, après avoir ordonné une preuve, une vérification ou une expertise à cet égard. Ceci est vrai surtout lorsque le jugement interlocutoire réserve expressément tous droits, moyens et exceptions en faveur de toutes parties (1).

Cependant, les jugements interlocutoires diffèrent des jugements préparatoires, en ce que l'appel peut en être interjeté avant le jugement définitif (451, C. pr.), et qu'ils acquièrent l'autorité de la chose jugée, sans que pour cela ils lient davantage le juge qui les a rendus, si la partie y acquiesce ou n'en appelle pas dans les délais; et, dans ce cas d'acquiescement, d'exécution volontaire ou de défaut d'appel, comme l'état de la cause se trouve ainsi fixé, le juge, lorsqu'il statue

(1) MERLIN, Quest., v° *Interlocutoire*, § 5. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 1606. — TOULLIER, t. 10, n°s 96, 115 et 116. — DURANTON, t. 13, n° 453. — Cass., 28 mai 1836. SIREY, 36, 1, 778. — 31 janv. et 25 juill. 1837. SIREY, 37, 1, 522 et 885. — 23 nov. 1840. SIREY, 41, 1, 158. — 4 janv. 1842. SIREY, 42, 1, 349. — 19 mars 1844. SIREY, 44, 1, 301. — 30 janv. 1856. SIREY, 56, 1, 721.

sur le fond, ne peut se dispenser d'examiner et d'apprécier les résultats de la mesure d'instruction ordonnée par l'interlocutoire. Ce devoir lui est imposé en première instance et en appel, alors surtout que le jugement de première instance dont est appel a été motivé sur les résultats de l'interlocutoire. Mais il n'en a pas moins le droit de s'en écarter dans son appréciation, et de se décider par les autres circonstances de la cause, indépendamment de la mesure d'instruction ordonnée et des résultats qu'elle a produits (1). Toutefois, il doit toujours être satisfait à l'interlocutoire.

Cette maxime, que l'interlocutoire ne lie pas le juge, qu'il peut toujours s'en écarter, *judex ab interlocutorio discedere potest*, n'est vraie qu'à l'égard des simples jugements interlocutoires qui se bornent à ordonner une mesure d'instruction préjugeant le fond, et qui ne contiennent aucune décision définitive sur tous ou quelques-uns des chefs du débat. Ce sont les seuls qui ne soient point susceptibles de passer en force de chose jugée. Il convient donc de distinguer entre les divers jugements interlocutoires, et même dans chaque jugement interlocutoire proprement dit, les décisions qui n'ont pour objet qu'une simple mesure d'instruction, et celles, au contraire, par lesquelles il est statué à certains égards d'une manière définitive. Les décisions de cette dernière espèce passent, à raison de leur caractère définitif, en force de chose jugée, aussi bien que les jugements ordinaires qui n'ont aucun caractère interlocutoire (2).

17. Les jugements qui ne contiennent qu'une décision provisoire, une condamnation sous forme de provision, n'acquièrent point non plus l'autorité de la chose jugée. Ils donnent sans doute à la partie qui les a obtenus le droit d'en pour-

(1) Cass. 25 avril 1842. SIREY, 42, 1, 683.

(2) Voy. TOULLIER, T. 10, nos 117, 121, et suiv. — MERLIN, Quest., vis *Chose jugée*, § 1, et vo *Interlocutoire*, § 2 et 5, et Rép., vo *Interlocutoire*, no 2. — Cass. 15 juin 1831. SIREY, 32, 1, 214. — 18 avril 1832. SIREY, 32, 1, 465. — 13 mars 1833. SIREY. 33, 1, 651. — 27 mai 1839. SIREY, 39, 1, 384. — 29 nov. 1842. SIREY, 42, 1, 899.

suivre l'exécution à son profit, et sous ce rapport, ils sont susceptibles de passer en force de chose jugée; mais, comme la décision n'est que provisoire, elle peut être débattue et rétractée en fin de procès au principal (1).

18. La chose jugée réside exclusivement dans le dispositif du jugement, et non dans ses motifs. Ils n'ont de valeur que comme éléments d'interprétation du dispositif, lorsqu'il est conçu dans des termes obscurs ou ambigus. Mais, dans ce cas même, et quelque usage qu'il en ait été fait pour l'interprétation du jugement, ils ne constituent point la chose jugée. Alors donc que, dans les motifs de sa décision, le juge a exprimé formellement une opinion sur l'un des points du litige, soit de fait, soit de droit, s'il ne l'a point consacrée par une disposition expresse, et que le jugement ne statue rien sur la question dans son dispositif, il n'y a point chose jugée à cet égard (2). Le point qui a été ainsi déclaré dans les motifs du jugement, sans être l'objet d'aucune décision spéciale, peut, en conséquence, servir plus tard de fondement à une demande nouvelle, contre laquelle on ne saurait opposer l'exception tirée de la chose jugée (3).

Toujours en vertu du même principe, que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement, il ne peut pas y avoir force de chose jugée, lorsqu'il n'y a pas identité d'objet dans la première et la seconde décision, quelle que soit d'ailleurs la contrariété des motifs exprimés dans l'une et dans l'autre (4).

Il importe peu enfin que les motifs soient en contradiction avec le dispositif.

(1) Toullier, t. 10, n° 95. — Pothier, n° 1. — Zachariæ, t. 5, pag. 764. — Duranton, t. 13, n° 451. — Cass., 27 fév. 1812. Sirey, 12, 1, 249. — 26 juin 1816. Sirey, 16, 1, 433.

(2) Cass., 5 juin 1821. Sirey, 21, 1, 341. — 21 déc. 1830. Sirey, 31, 1, 152. — 9 janv. 1838. Sirey, 38, 1, 559. — 23 juill. 1839. Sirey, 39, 1, 560. — 8 juin 1842. Sirey, 42, 1, 814.

(3) Cass., 30 avril 1850. Sirey, 50, 1, 497.

(4) Cass., 9 janv. 1839. Sirey, 39, 1, 22.

19. Mais le dispositif doit lui-même contenir une disposition certaine ; *sententia debet esse certa*. Il n'y a point chose jugée, si l'objet de la condamnation que le jugement prononce est incertain. Tel est le cas où le jugement condamne le défendeur à payer au demandeur tout ce qu'il lui doit, le principal de la dette avec les intérêts, sans rien déterminer de certain quant à la quotité de la dette, au sujet de laquelle il est toujours ainsi permis de renouveler le débat (1).

Mais le jugement passe en force de chose jugée, si l'objet de la condamnation est expliqué et déterminé avec certitude par quelque acte auquel le dispositif se réfère. Il y a donc chose jugée, lorsque le jugement condamne à payer les causes de la demande, ou ce qui a été demandé par l'acte introductif d'instance, bien qu'il n'exprime point précisément le montant de la condamnation (2).

Il ne faut pas confondre ici la certitude de l'objet qui fait le sujet de la condamnation avec sa liquidité. Pour ne pas être liquide, la chose peut n'en être pas moins certaine, et il suffit, pour que le jugement passe en force de chose jugée, qu'elle soit susceptible d'une liquidation ultérieure. Tel est le jugement qui, sans en contenir la liquidation, condamne à des restitutions ou à des dommages et intérêts qui doivent être plus tard liquidés (3).

20. L'incertitude de la décision peut résider dans la contrariété de dispositions expresses qui s'entredétruisent. Nous empruntons à Pothier (4) l'hypothèse suivante : On revendique contre moi un héritage que vous m'avez vendu, et je vous appelle en garantie. Le demandeur est débouté de sa demande, et quoique, dès lors, il n'y ait plus lieu à garantie, le jugement vous y condamne. Je ne pourrai le ramener à exécution contre vous, et vous n'aurez pas besoin de prendre la voie de la

(1) L. 3, C. *De sent. quæ sine certâ quant.* — POTHIER, n° 18.
(2) L. 59, § 1, *ff. De re jud.* — POTHIER, n° 19.
(3) L. 2, C. *ibid.* — POTHIER, n° 20.
(4) N° 23.

requête civile, parce que, dit Pothier, le congé qui y est donné de la demande formée contre moi, réclame perpétuellement contre votre condamnation, comme garant, et que la bonne foi ne permet pas que, retenant la chose, je demande qu'on m'en rende le prix.

Mais Pothier ajoute avec raison que le demandeur en revendication peut se pourvoir, par requête civile, pour faire annuler le jugement, sous prétexte qu'il se contredit et contient des dispositions contraires; ce qui suppose que, à son égard, il passe en force de chose jugée, sauf le recours extraordinaire de la requête civile.

21. Le défaut de certitude dans l'objet de la condamnation peut enfin se traduire dans une formule hypothétique. Ce caractère hypothétique se trouve même au fond de toute condamnation dont l'objet est incertain. Quand le juge condamne le défendeur à payer au demandeur tout ce qu'il lui doit, le le principal de la dette avec les intérêts, il ne statue qu'hypothétiquement, si, toutefois, il est dû. A plus forte raison, le jugement n'est-il pas susceptible de passer en force de chose jugée, lorsque son dispositif est expressément conçu dans cette forme hypothétique. Ainsi, dit la loi romaine (1), les juges qui condamnent au payement du principal, et, quant aux intérêts, prononcent dans ces termes : les intérêts, s'il en est dû, les intérêts qui sont dus, ces juges ne statuent pas régulièrement. Ils doivent, en effet, connaître des intérêts et rendre une condamnation certaine.

En réalité, décider d'une manière hypothétique ou ne rien décider du tout, c'est la même chose, puisque le débat reste toujours ouvert sur la vérification du fait même qui forme la base de la condamnation.

22. Mais ces décisions hypothétiques ne doivent pas être confondues avec les jugements qui prononcent des condamnations conditionnelles, par exemple, dans ces termes ou autres

(1) L. 59, § 2, *ff. De re jud.*

équivalents : condamne à telle chose, ordonne telle chose, si, dans le délai de..., il n'est pas rapporté telle pièce, produit tel document, fait telle justification. Ici, la condition ne porte pas, comme dans les jugements hypothétiques, sur la cause juridique de la condamnation. Elle a seulement pour objet l'accomplissement d'un fait dont le juge croit devoir faire dépendre sa décision, et il l'exprime par les termes mêmes de son jugement.

De pareilles décisions ont au fond un caractère interlocutoire. Car le juge, quels que soient les termes par lui employés, ne fait qu'ordonner, avant dire droit, une preuve, une vérification, une instruction qui préjuge le fond. C'est comme s'il avait dit : ordonne que, dans le délai de..., il sera rapporté telle pièce, fait telle justification, passé lequel délai et faute par la partie d'avoir rapporté la pièce demandée, ou fait la justification exigée, telle condamnation sera prononcée, telle chose ordonnée. Ces jugements étant simplement interlocutoires, n'acquièrent donc point l'autorité de la chose jugée ; les délais dont ils contiennent la fixation n'ont rien de fatal, ils sont seulement comminatoires, et le juge peut, non seulement en ordonner la prorogation, mais encore s'écarter de son interlocutoire et se prononcer, en définitive, en faveur de la partie qui n'a point satisfait aux justifications demandées, si, après nouvel examen de la cause, elles lui paraissent inutiles.

Aucune difficulté ne se présente lorsque, en prononçant ainsi une condamnation dans des termes conditionnels, il a eu soin de réserver les droits des parties, et d'expliquer par là, ou de toute autre manière, qu'il n'a entendu rendre qu'un jugement interlocutoire.

D'autre part, il n'y a pas plus de difficulté lorsqu'il a exprimé sa volonté de rendre, d'ores et déjà, un jugement définitif, en condamnant, sans qu'il soit besoin de nouveau jugement, pour le cas où, dans le délai imparti, il ne serait pas fait la justification ordonnée, ni rapporté la pièce exigée. Par exemple, un cohéritier demandeur ou défendeur à une action en partage, invoque, en sa faveur, un acte de donation ou un testament

qu'il ne produit pas. Les juges peuvent ordonner, d'ores et déjà, sans qu'il soit besoin de nouveau jugement, que le partage aura lieu suivant les bases naturelles et légales, si, dans le délai de..., aucun acte n'est rapporté qui vienne les modifier. Le délai fixé n'est plus alors simplement comminatoire, il est fatal, et le jugement, bien loin d'être simplement interlocutoire, est, au contraire, définitif et susceptible, à ce titre, d'acquérir l'autorité de la chose jugée, à défaut d'opposition ou d'appel suivant les formes et dans les délais prescrits.

Lorsqu'il se fait ainsi, dans un jugement, un mélange de caractère interlocutoire et définitif, il n'est pas toujours facile d'en déterminer le véritable sens, à défaut d'une expression claire et précise de l'intention du juge. Mais, dans le doute, il convient de s'attacher, de préférence, au caractère simplement interlocutoire, parce que le juge, en demandant l'apport d'une pièce, une justification préalable, est naturellement censé n'avoir voulu ordonner qu'une mesure d'instruction, alors même que, en préjugeant le fond, il en a fait dépendre, dans l'avenir, la décision définitive, de la manière la plus expresse et la plus formelle. Il n'a fait par là que mieux préciser la portée de son interlocutoire, sans entendre juger tout de suite définitivement le fond, d'une manière conditionnelle, à moins qu'il ne s'en soit nettement expliqué.

23. Il est d'autres jugements qui contiennent des condamnations conditionnelles; mais ils n'ont aucun caractère interlocutoire. Ils sont définitifs et passent, comme tels, en force de chose jugée, moyennant l'accomplissement de la condition qui y est apposée, de la même manière que les jugements qui contiennent des condamnations pures et simples.

Tels sont même ceux qui, en vue et pour le règlement de l'exécution des condamnations qu'ils prononcent, contiennent quelques condamnations accessoires, en les faisant dépendre de tel ou tel événement. La seule difficulté qui se présente alors est relative, non pas à la force de chose jugée de ces décisions, mais seulement au mode d'exécution de leurs condam-

nations accessoires, c'est-à-dire à la manière dont leur condition doit être réputée accomplie ou défaillie.

Ces condamnations accessoires, conditionnelles dans les termes, ont souvent un caractère pénal, et l'exécution doit en être réglée suivant les mêmes principes qui régissent les obligations avec clause pénale. Ainsi, la partie qui a obtenu gain de cause pourra poursuivre l'exécution de la condamnation principale, au lieu de la condamnation accessoire et pénale. Mais elle ne pourra demander en même temps l'exécution des unes et des autres, à moins que la condamnation pénale accessoire n'ait été prononcée pour la simple demeure. La peine peut enfin être plus tard modérée, si la condamnation principale a été exécutée en partie.

Il peut aussi résulter, soit des termes du jugement, soit de son interprétation, soit de l'exécution que lui ont donnée les parties, que ses dispositions ne doivent pas être entendues avec une rigueur absolue. Par exemple, un jugement condamne une partie à rendre compte dans un délai déterminé, et, faute par elle de le faire, la condamne à payer cent mille francs pour tenir lieu du reliquat dudit compte. Il est juste de ne voir, dans cette dernière condamnation conditionnelle, rendue sur la présomption d'un reliquat, qu'une condamnation qui ne fait pas obstacle à ce que la partie contre laquelle elle est prononcée présente un compte, avec pièces justificatives à l'appui, même après l'expiration du délai fixé (1). Mais, jusqu'à présentation de ce compte, la partie qui a obtenu gain de cause peut poursuivre le payement des cent mille francs; et c'est en cela que réside l'efficacité de la condamnation.

Ainsi encore, un jugement condamne une partie à restituer à l'autre certains immeubles dans le délai de quinzaine de la signification, et, faute de ce faire, à lui payer la somme de deux cent mille francs. Le jugement n'emportant aucune déchéance expresse, et ne contenant aucune disposition de laquelle on puisse induire que le délai de quinzaine, fixé pour

(1) Paris, 30 avril 1828. Sirey, 29, 2, 350.

l'exécution de la condamnation principale, soit de rigueur, on peut décider, sans violer la chose jugée, que la partie condamnée était recevable, après l'expiration du délai, à rendre les immeubles au lieu de payer la somme (1).

Mais, au lieu de considérer la condamnation comme simplement comminatoire, les juges peuvent l'entendre dans un sens rigoureux et absolu. Ainsi, lorsqu'un tiers détenteur de domaines engagés a fait une soumission afin de consolider sa propriété; qu'un arrêté préfectoral a fixé la finance qui devait être versée au Trésor, et que, plus tard, l'État a été mis en demeure, par jugement passé en force de chose jugée, de fixer, dans le délai de dix mois, la finance à laquelle il prétend, faute de quoi les acquéreurs des biens soumissionnés devront en demeurer irrévocablement propriétaires après versement de la finance de consolidation précédemment fixée, l'État a pu être déclaré déchu de toute action après l'expiration de ce délai, et les tiers détenteurs libérés de leur prix d'acquisition, au moyen des consignations par eux faites et des payements auxquels ils avaient été soumis d'après leurs offres (2).

Remarquons, du reste, encore une fois, que ces condamnations accessoires, subordonnées à tel ou tel évènement, n'en sont pas moins définitives, quoiqu'elles dépendent d'une condition, et que le jugement qui les prononce acquiert l'autorité de la chose jugée, en ce sens que, si plus tard elles peuvent être rétractées ou modifiées, ce n'est que par suite de l'interprétation donnée à la décision du juge. Il y a, en un mot, chose jugée; seulement, il reste à en déterminer le sens et l'étendue, par rapport à l'option qu'elle réserve, le droit qu'elle consacre, la déchéance qu'elle prononce, les dommages et intérêts qu'elle contient, ou la peine qu'elle établit, sous telle ou telle condition.

24. Un jugement ne laisse pas d'être définitif et de passer en force de chose jugée, lorsque, n'ayant d'ailleurs aucun

(1) Cass., 10 juill. 1832. SIREY, 32, 1, 669.
(2) Cass., 30 mai 1843. SIREY, 43, 1, 605.

caractère provisionnel, préparatoire ou interlocutoire, il prononce une condamnation dans ces termes : quant à présent, en l'état, ou autres équivalents, en se fondant sur ce que la partie à la charge de laquelle la preuve incombe, n'a point prouvé le fait qui sert de fondement à sa demande ou à son exception. De semblables formules font sans doute entendre que, si tel acte avait été produit, telle preuve faite, le jugement eût été autrement rendu. Mais elles n'ont rien de simplement comminatoire, et ne contiennent point, en faveur de la partie condamnée, réserve du droit de produire ultérieurement tel acte, ou de faire telle justification. Vainement elle rapporterait une pièce décisive, après que le jugement a passé en force de chose jugée. Elle ne pourrait s'en autoriser que pour invoquer une prorogation des délais d'appel, conformément à l'article 448, C. pr., ou se pourvoir par requête civile, suivant l'article 480, si la pièce a été retenue par le fait de son adversaire.

De pareils jugements diffèrent, en effet, essentiellement de ceux qui, avant dire droit, ordonnent qu'une partie fera telle preuve, rapportera telle pièce, faute de quoi elle sera déboutée de sa demande ou de son exception. Ce sont là des décisions qui ont, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut, un caractère interlocutoire. Mais lorsque la partie est déclarée déchue ou non recevable, faute par elle d'avoir produit ses titres, ou fait la preuve qui lui incombait, le jugement qui statue ainsi est définitif, puisque, bien loin d'ordonner une mesure d'instruction préalable, il en constate l'absence, l'impossibilité ou l'inefficacité (1).

25. Cependant, lorsque ces formules, en l'état, quant à présent, se réfèrent, non pas à l'absence de toute preuve du droit invoqué par le demandeur, mais bien à l'inexécution des obligations à l'accomplissement desquelles l'existence ou l'exercice de son droit est subordonné ; soit encore à la nature du droit.

(1) D'Aguesseau, *Lettre* du 27 mai 1732, t. 10, pag. 373. — Toullier, t. 10, n°s 121 et suiv.

réclamé ou de la chose à laquelle il s'applique; soit aux diverses conditions de son exercice, à sa cause juridique et aux différentes modalités qui en suspendent l'échéance ou l'exigibilité; soit enfin à l'existence de droits et d'actions appartenant à des tiers étrangers, dans ces divers cas, le jugement qui déclare une partie non recevable ou mal fondée, quant à présent, en l'état, dans sa demande ou dans son exception, n'est définitif et n'acquiert l'autorité de la chose jugée, qu'en égard aux circonstances mêmes dans lesquelles il a été rendu.

Aussitôt que ces circonstances viennent à changer, il en résulte une modification dans la cause ou dans l'objet de la demande, qui permet de la reproduire devant la justice, nonobstant la décision antérieure, soit qu'elle ait acquis ou non l'autorité de la chose jugée. Ce droit de la partie qui a succombé dans une première instance, est même tellement inhérent au défaut d'identité dans la cause de la demande ou dans son objet, qu'il ne cesse pas de lui appartenir, quoique le jugement précédemment rendu ne contienne aucune de ces expressions, quant à présent, en l'état, ou autres formules équivalentes, exprimant pour l'avenir des réserves en sa faveur.

26. Dans le cas même où le jugement se fonde sur ce que le demandeur n'a pas justifié sa demande ou son exception, il n'acquiert pas toujours d'une manière absolue, contre la partie condamnée, l'autorité de la chose jugée. Je me prétends propriétaire d'une chose que je revendique; mais je n'établis pas mon droit de propriété, et, par ce seul motif que je ne fais pas la preuve qui incombe à ma charge, je suis débouté de ma demande. Peu importe que le jugement ait dit ou non, en l'état, quant à présent; il n'a pas l'autorité de la chose jugée sur la question de savoir si le défendeur est réellement propriétaire. Car cette question n'a été ni proposée par voie d'exception, ni, conséquemment, décidée; et il a suffi à la partie de gagner son procès, *per non jus actoris*, faute par le demandeur de prouver son droit. Si donc j'acquiers plus tard la possession légale de la chose, et que le défendeur à la première action

intente contre moi une action en revendication, il ne pourra s'autoriser du premier jugement pour se prétendre dispensé de prouver son droit de propriété, puisque, à cet égard, rien n'a été jugé dans la première instance; *nihil de suo jure judicatum intelligitur* (1); *nihil enim in suo judicio de jure ejus statutum videretur* (2). Et, en cela, il diffère du demandeur, qui ne gagne son procès que si son droit est formellement reconnu, et peut, dès lors, invoquer l'exception de chose jugée (3).

On voit par là combien il est important que les juges rédigent leurs décisions avec précision et clarté, et qu'ils y expliquent nettement tout ce qu'ils ont entendu juger, ni plus ni moins. L'autorité de la chose jugée ne s'attache, en effet, qu'aux points qui ont été, dans le dispositif du jugement, l'objet d'une décision expresse.

27. Une disposition ne laisse cependant pas d'être expresse lorsqu'elle est implicite, c'est-à-dire lorsqu'elle résulte, par voie d'interprétation, des termes du jugement, ou, par voie de conséquence nécessaire, d'une disposition formelle. Elle résulte alors des expressions du dispositif; elle y est exprimée.

Ainsi, la validité ou l'efficacité d'un titre est implicitement décidée par le jugement qui autorise la continuation des poursuites faites en vertu de ce titre (4).

Le jugement qui a rejeté une demande en réalisation d'un contrat de vente, par le motif que l'existence de cet acte n'est pas justifiée, s'oppose, par cela même, à ce que le prétendu vendeur demande ensuite le prix (5).

Et il en est de même dans tous les cas où le jugement, sans faire des points de fait ou de droit qu'il admet implicitement, l'objet direct et principal de son dispositif, les reconnaît néan-

(1) L. 15, *ff. De except. rei jud.*
(2) L. 30, § 1, *ff. ibid.* — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 765.
(3) L. 30, § 1, *ff. ibid.*
(4) ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 4 déc. 1837. SIREY, 38, 1, 233.
(5) MERLIN, Quest., v° *Option*, § 1, n° 8.

moins virtuellement, en consacrant expressément une ou plusieurs de leurs conséquences nécessaires et immédiates.

Par exemple, lorsque, sur une demande en partage, un jugement a été rendu qui a décidé que les fruits perçus depuis l'ouverture de la succession jusqu'à une certaine époque, ne seront pas restitués, ce jugement décide, par cela même, que les fruits perçus postérieurement devront être compris dans le partage, qui, par sa nature et les comptes réciproques qu'il implique, en comprend de droit la restitution, à moins de disposition contraire (1).

De même encore, lorsque des cohéritiers ont demandé le partage d'une succession, et qu'une décision passée en force de chose jugée a déclaré cette demande non recevable et mal fondée, en reconnaissant à un acte litigieux tous les caractères d'un partage régulier et valable, ils ne peuvent ensuite reproduire leur action, en prétendant que cet acte n'est qu'un partage provisionnel, par exemple, à cause de la minorité de l'une des parties. En effet, la cause de la demande, c'est-à-dire la prétendue indivision des biens, a été souverainement jugée dans la première décision; et comme elle impliquait, soit l'inexistence, soit la nullité de tout partage, le partage n'a pu être maintenu qu'en conséquence de la décision portée sur l'acte litigieux et sur le fait de la cessation d'indivision. Quant au caractère provisionnel de l'acte de partage, comme cet acte a été soumis, dans la première instance, à l'appréciation du juge, sous tous les rapports par lesquels il intéressait la cause et l'objet de la demande, du moment qu'il a été déclaré constituer un acte régulier de partage, il a été jugé sous le rapport de son caractère provisionnel, aussi bien que sous tout autre.

28. Lorsqu'il s'agit de dispositions implicites, il faut soigneusement distinguer celles qui contiennent réellement une décision, de celles qui, sans rien statuer, supposent existant dans la loi ou dans un acte quelconque un droit antérieur qui peut servir de fondement à une demande éventuelle et non

(1) Cass., 6 déc. 1852. Sirey, 53, 1, 253.

encore formée, dont elles ont ou non pour objet de préparer la cause pour l'avenir. Comme les dispositions de cette dernière espèce ne contiennent aucune condamnation, elles ne sont point susceptibles de passer en force de chose jugée.

Ainsi, un cohéritier assigné en partage renonce pour s'en tenir à un don qui lui a été fait. Le tribunal, en donnant acte de cette renonciation, ordonne le partage entre les autres cohéritiers, et retient le renonçant en cause, pour que la liquidation de la succession se fasse contradictoirement avec lui, et qu'elle puisse lui être opposée, lorsqu'il s'agira de le poursuivre et de le faire condamner en retranchement de ce qui excède sa part dans la portion disponible et dans la réserve. Ce jugement, qui n'est en cela qu'une mesure d'instruction préliminaire, n'a, par rapport à lui, d'autre objet que de vérifier la cause juridique de l'action en retranchement, laquelle a besoin d'être ultérieurement formée, sans que les cohéritiers puissent prétendre qu'il y a chose déjà jugée à cet égard, et condamnation implicite emportant hypothèque (1).

29. Ce qui est simplement énoncé dans le dispositif du jugement ne passe point en force de chose jugée, alors même que l'énonciation a un rapport direct avec la disposition. Énoncer un fait, une obligation, un titre, un droit, une qualité, ce n'est point, en effet, en faire l'objet d'une décision. Il n'y a rien de jugé, et les parties sont parfaitement recevables à en débattre, dans une nouvelle instance, l'existence, la validité ou l'efficacité.

Le demandeur a obtenu en justice des aliments contre le défendeur, comme père ou enfant. Le jugement qui les lui accorde n'a pas l'autorité de la chose jugée sur la question de paternité ou de filiation. Ce point a été sans doute préjugé, mais il n'a pas été jugé, puisqu'il n'a fait entre les parties l'objet d'aucun débat. C'est une question d'aliments, *ali debere*, et non d'état, qui a été décidée (2).

(1) Cass., 18 avril 1855. Sirey, 55, 1, 361.
(2) L. 5, § 9, *ff. de agnosc. liber.*

Mais il en serait autrement si la question d'état avait été proposée par les parties, comme préjudicielle, par voie d'action principale ou incidente, et qu'elle eût été résolue par une disposition expresse du jugement (1).

Ainsi encore, le jugement qui condamne une partie au payement de l'intérêt des intérêts d'un capital dont le montant y est énoncé, n'a pas l'autorité de la chose jugée sur la quotité de ce capital, laquelle est restée en dehors des condamnations prononcées (2).

Comme il n'est rien décidé dans ce que le jugement se borne à indiquer par forme d'énonciation, l'objet de la nouvelle demande est en réalité différent du premier, et il manque, par suite, l'une des conditions essentielles de la chose jugée.

30. Il est, sous ce rapport, fort important d'examiner quels sont les points qui ont été en contestation entre les parties. Il faut toujours se reporter aux conclusions par elles prises devant la justice ; car ce sont elles qui fixent les termes du débat. Il s'ensuit, d'une part, que souvent une simple énonciation insérée dans le dispositif du jugement aura la force d'une décision et l'autorité de la chose jugée, lorsqu'elle se référera à l'un des points qui avaient fait le sujet de conclusions formelles de la part des parties.

Il s'ensuit, d'autre part, que le litige servant de mesure au jugé, il convient aussi fort souvent de restreindre les termes du dispositif aux seuls points qui ont été l'objet de conclusions. Ce n'est pas que la chose jugée ne puisse excéder le débat, et que le jugement ne passe en force de chose jugée, lors même qu'il a statué au-delà de ce qui était contesté, ou lorsque son dispositif diffère des conclusions prises par le demandeur ou le défendeur. Car l'article 480, nos 3 et 4, C. pr., en fait un cas de requête civile. Mais nous voulons dire seulement que les conclusions des parties doivent servir à interpréter le juge-

(1) Toullier, t. 10, nos 228 et suiv. — Zachariæ, t. 5, pag. 765. — Duranton, t. 13, n° 483. — Cass. 31 déc. 1834. Sirey, 35, 1, 545.

(2) Zachariæ, *ibid.* — Cass. 25 août 1829. Sirey, 29, 1, 353.

ment et à fixer la portée de ses dispositions, lorsqu'il présente quelque doute et quelque ambiguïté.

On peut à présent comprendre sans peine comment la chose jugée doit toujours résulter des termes du dispositif, soit qu'elle en résulte d'une manière expresse, implicite ou virtuelle. Elle est ainsi essentiellement l'œuvre du juge, et, si le jugement duquel on prétend l'inférer est complètement muet dans son dispositif, de telle sorte qu'il n'y ait même pas matière à interprétation, les parties ne sauraient être admises, sous prétexte d'une omission à réparer et d'une lacune à combler, à constituer, par échange de reconnaissances ou de consentements, une chose jugée proprement dite. Rien ne s'oppose sans doute à ce qu'elles fassent une convention à cet égard ; mais elles ne pourront lui attribuer que la force obligatoire inhérente aux contrats, sans lui rien communiquer du caractère, de la force et des effets propres de la chose jugée.

31. Il est indifférent que le point litigieux sur lequel le jugement a statué, ait été soumis à la justice par voie d'action principale ou incidente, de demande ou d'exception. Il est, dans tous les cas, susceptible d'acquérir l'autorité de la chose jugée, sous les conditions que nous venons d'expliquer, et sous celles dont il nous reste à nous occuper maintenant.

32. Nous trouvons ces dernières clairement indiquées dans le texte même de l'article 1351 : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. »

Ces mêmes dispositions existaient déjà dans la loi romaine. Lorsqu'on demande, dit Paul (1), si l'exception de chose jugée est opposable ou non, il faut examiner si c'est le même objet ; et Ulpien ajoute (2), si c'est la même quantité, le même droit ;

(1) L. 12, *ff. De except. rei jud.*
(2) L. 13, *ff. ibid.*

et Paul reprend (1), si c'est la même cause de demande et la même qualité des personnes. — PAULUS : *Cum quæritur, hæc exceptio noceat nunc? Inspiciendum est, an idem corpus sit*; — ULPIANUS : *Quantitas eadem, idem jus*; — PAULUS : *Et an eadem causa petendi et eadem conditio personarum.*

Pour que l'autorité de la chose jugée existe, il faut donc qu'il se rencontre cette triple identité : identité de l'objet, identité de la cause, identité des parties; et, si ces conditions ne concourent pas, c'est une tout autre chose; *quæ nisi omnia concurrunt, alia res est* (2).

Ulpien dit aussi, d'après Julien, que l'exception de la chose jugée est opposable toutes les fois que la même question est débattue de nouveau entre les mêmes personnes; *exceptionem rei judicatæ obstare, quotiens eadem quæstio inter easdem personas revocatur* (3). C'est exactement dire la même chose en des termes différents.

33. S'il ne se présente aucune difficulté quant à la nécessité du concours de ces conditions essentielles pour constituer l'autorité de la chose jugée, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de déterminer comment, en quels cas et sous quelles conditions il y a identité d'objet, de cause et de personnes. C'est là une triple source de difficultés théoriques et pratiques très considérables, dont l'appréciation est aussi délicate que subtile.

34. La première condition est que l'objet de la demande soit le même. Car l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Or, nous savons déjà que, par même objet, il faut entendre *idem corpus*, la même chose physiquement; *quantitas eadem*, la même quantité; *idem jus*, le même droit. Il y a ainsi à considérer, lorsqu'il s'agit de savoir si l'objet est le même, soit une identité

(1) L. 14, *ff. ibid.*
(2) L. 14. *ff. ibid.*
(3) L. 3 et 7, § 4, *ff. ibid.*

matérielle, soit une identité numérique, soit enfin une identité abstraite de droit.

L'identité d'une chose corporelle s'entend, en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée, indépendamment des augmentations ou diminutions qu'elle a reçues ou subies. Elle ne cesse pas d'être considérée comme étant la même chose, quoiqu'elle n'ait point conservé en entier, à raison de changements survenus, ses anciennes qualité et quantité physiques (1).

Un troupeau reste la même chose, malgré l'augmentation ou la diminution du nombre des bêtes qui le composent (2).

De même, une maison, quoiqu'elle ait été démolie et reconstruite avec de nouveaux matériaux.

De même, une forêt, quoiqu'elle ait été abattue en partie ou en totalité.

Cette identité des choses corporelles est la plus aisément appréciable, et en même temps celle qui soulève le moins de difficultés.

35. Elle reçoit son application non seulement du tout au tout, mais encore du tout à la partie. Ainsi, après avoir échoué dans la demande de tout un troupeau, je ne puis demander plus tard spécialement une des bêtes qui se trouvaient dans le troupeau, lorsqu'il a fait l'objet de ma première demande. Il y a chose jugée pour cette bête comme pour tout le troupeau (3).

Et il en est de même du part des bêtes arrivé après la demande ou le jugement (4), ainsi que des fruits, des accroissements et des produits de toute nature qui, sans altérer d'ailleurs l'identité de la chose, sont venus postérieurement en modifier la consistance et l'étendue (5).

Ce principe fondamental est parfaitement expliqué par Ul-

(1) L. 14, *ff. ibid.*
(2) L. 21, § 1, *ff. ibid.*
(3) L. 21, § 1, *ff. ibid.* — POTHIER, n° 42. — TOULLIER, T. 10 n° 146.
(4) L. 7, § 1, *ff. ibid.*
(5) L. 26, § 1; L. 7, § 3, *ff. ibid.* — TOULLIER, T. 10, n° 151.

pien (1). Si quelqu'un, dit-il, après avoir demandé le tout, demande une partie, il encourt l'exception de chose jugée. Car la partie est comprise dans le tout, et l'on est réputé demander la même chose, lorsqu'on demande une partie du tout qui a été déjà demandé. Il importe peu, ajoute-t-il, que cette question d'identité concerne une chose corporelle, une quantité, ou un droit ; *nec interest utrum in corpore hoc quæratur, an in quantitate vel in jure.*

Et il en conclut qu'il y a, conséquemment, chose jugée, si, après avoir vainement demandé un fonds ou une maison, je demande une portion divise ou indivise de ce fonds, les arbres qui y ont été abattus, soit l'emplacement de la maison, soit même les bois ou les pierres qui la constituent.

Quant à ces derniers objets, nous devons faire une double remarque. En établissant qu'ils sont ma propriété, je pourrai en demander la valeur, avec dommages et intérêts s'il y a lieu (554). Si même la maison vient à être démolie, et que leur possession n'ait pas été déjà purgée entre les mains de celui qui les a indûment employés, je pourrai les réclamer, de même que les autres objets qui en ont été détachés, sans qu'on puisse m'opposer l'exception de chose jugée. Car il s'agit dans cette seconde instance d'une chose différente, dont la propriété est demandée pour une autre cause et débattue dans d'autres conditions (2).

36. Voici une question d'identité numérique : je demande cent arbres à prendre dans une forêt, et je suis débouté de mon action. Si je demande plus tard cinquante arbres, vingt arbres, un seul arbre à prendre dans la même forêt, je serai repoussé par l'exception de chose jugée, pourvu, du reste, que les autres identités se trouvent concourir.

J'ai succombé dans une demande en payement d'une obligation de mille francs ; je ne pourrai demander ensuite cent francs sur la même obligation, s'il n'y a quelque changement

(1) L. 7, *ff. ibid.*

(2) L. 7, § 2, *ff. ibid.*, et la glose. — TOULLIER, T. 10, n° 152.

dans la cause de ma nouvelle demande. C'est qu'elle est censée porter sur la même chose, par suite de ce principe, que le tout comprend la partie (1), c'est-à-dire que tout ce qui fait nécessairement partie d'une chose corporelle ou d'une quantité, ou tout ce qui y est virtuellement compris comme portion intégrante ou élément constitutif, doit être considéré comme ne faisant qu'un seul et même objet avec cette chose corporelle ou cette quantité.

Il s'ensuit que, si je demande les intérêts d'une somme principale dans la demande de laquelle j'ai succombé, il y aura chose jugée contre moi. Car les intérêts sont réputés être la même chose que le principal, dont ils sont une partie nécessaire, et ils ne peuvent être dûs qu'autant que je suis créancier du principal (2).

De même, si j'ai revendiqué un corps de domaine, et que j'aie été débouté de ma demande, je serai repoussé par l'exception de chose jugée, lorsque plus tard je revendiquerai singulièrement un ou plusieurs héritages particuliers, dont l'agglomération constitue le corps de domaine (3).

J'ai succombé dans ma demande de deux corps certains; je ne pourrai ensuite réclamer l'un d'eux (4).

37. L'identité de l'objet quant au droit, *idem jus*, est d'une appréciation plus délicate que l'identité quant à la chose corporelle, *idem corpus*, ou quant à la quantité, *eadem quantitas*. Lorsqu'on veut y faire l'application de la maxime, *pars in toto est* (5), le tout comprend la partie, il n'est plus aussi facile de reconnaître si la demande ou l'exception qui fait le sujet de la nouvelle instance, a pour objet un droit identique à celui qui a fait le sujet de la première décision, d'où le défendeur ou le demandeur prétend inférer l'exception de chose jugée. Il s'agit

(1) L. 1, § 4, *ff. de verb. obl.* — TOULLIER, T. 10, n° 148.
(2) POTHIER, n° 44. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 783.
(3) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 782. — DURANTON, T. 13, n° 463.
(4) L. 7, l. 21, § 2, *ff. De except. rei jud.* — TOULLIER, T. 10, n° 150.
(5) L. 7, *ff. ibid.* — L. 113, *ff. De reg. jur.*

en effet, dans ce cas, d'une identité purement abstraite qui, s'appliquant à une chose incorporelle, est par cela même moins sensible et plus difficilement appréciable.

Or, cette identité de droit existe non seulement lorsque c'est exactement le même droit qui est réclamé sur la même chose ou sur quelqu'une de ses parties, mais encore lorsque le droit qui fait le sujet de la nouvelle demande ou de la nouvelle exception, sans être absolument identique à celui qui a fait l'objet du premier jugement, en forme néanmoins une partie nécessaire, et y est virtuellement compris, comme en étant un démembrement, une suite ou une conséquence essentielle. Comme le droit entier considéré dans son intégralité le comprend nécessairement en soi, il est alors fait, avec une exactitude parfaite, application de la maxime, que la partie est comprise dans le tout. Et cette identité juridique, quant au droit, ne laisse pas d'exister, bien que le droit qui fait le sujet de la nouvelle instance ne soit point réclamé sur la totalité de la même chose corporelle ou de la même quantité, mais seulement sur une certaine partie intégrante et nécessaire de cette même chose ou quantité.

Ce point va mieux s'expliquer par quelques exemples. Mais il ne faut pas perdre de vue que nous supposons toujours qu'il y a identité de cause et de parties, et qu'il s'agit uniquement de l'identité de l'objet.

38. J'ai revendiqué la propriété d'un fonds, et j'ai succombé dans ma demande. Plus tard, je demande l'usufruit du même fonds, au même titre que j'en ai revendiqué la propriété, c'est-à-dire à titre de propriétaire, *ex illâ causâ ex quâ fundus meus erat* (1); je serai repoussé par l'exception de chose jugée. Voici la raison qu'en donne la loi romaine : C'est que celui qui a la propriété d'un fonds ne peut en revendiquer l'usufruit; *quia qui fundum habet usumfructum suum vindicare non potest.* Car nul ne peut se dire usufruitier de sa propriété, l'usufruit étant compris de droit dans la pleine propriété. Lors donc que je

(1) L. 21, § 3, *ff. De except. rei jud.*

revendique, à titre de propriétaire, l'usufruit d'une chose dont j'ai vainement revendiqué la propriété, je demande une chose juridiquement identique à celle que j'avais d'abord demandée; il y a enfin identité de droit, d'objet (1).

Il en serait de même si, après avoir succombé dans une action en revendication de la pleine propriété, je demandais, toujours comme propriétaire, la nue propriété seulement de la même chose (2).

Je serais même repoussé par l'exception de chose jugée, non seulement dans le cas où je revendiquerais l'usufruit ou la nue propriété de la chose entière, mais encore dans le cas où je ne demanderais, par ma seconde action, les mêmes droits d'usufruit ou de nue propriété que sur une partie de la même chose.

39. Que si je réclame l'usufruit seulement à titre d'usufruitier, l'exception cesse. Car, cet usufruit étant un droit distinct de celui de propriété, il n'y a rien de jugé en ce qui le concerne (3).

Réciproquement, si après avoir succombé dans une demande de l'usufruit, formée à titre d'usufruitier proprement dit, je revendique la pleine ou nue propriété du même fonds, on ne pourra m'opposer l'autorité de la chose jugée. Car le droit que je réclame par ma seconde action est distinct et différent du premier (4).

Je pourrai même former une nouvelle demande de l'usufruit, si je la forme à titre de propriétaire. Pourquoi? Parce que, dit Pomponius (5), du moment que j'ai acquis la propriété du fonds, j'ai perdu, en réalité, l'usufruit qui fait l'objet de ma première demande, et qu'il ne m'appartient désormais qu'en

(1) Toullier, t. 10, n° 153. — Proudhon, *Usufruit*, t. 3, n° 1271. — Duranton, t. 13, n° 465. — Zachariæ, t. 5, pag. 782.

(2) Zachariæ, *ibid.*

(3) Zachariæ, t. 5, pag. 783. — Duranton, t. 13, n° 465.

(4) Zachariæ, t. 5, pag. 783. — Duranton, t. 13, n° 466. — Toullier, t. 10, n° 153.

(5) L. 21, § 3, *ff. De except. rei jud.*

vertu du droit de propriété et comme à un titre nouveau; *quoniam, postquam nanctus sum proprietatem fundi, desinit meus esse prior usufructus, et jure proprietatis, quasi ex novâ causâ, rursus meus esse cœpit*. C'est donc un droit différent du premier que je revendique (1).

40. Ce que nous disons de l'usufruit, nous l'appliquons aux droits d'usage et d'habitation. Le jugement qui aura rejeté une demande en revendication de la propriété ou de l'usufruit, ne fera pas obstacle à la nouvelle demande ayant pour objet un droit d'usage ou d'habitation, qui n'est réclamé qu'à un titre autre que celui de propriétaire ou d'usufruitier, et réciproquement. Ce sont, en effet, des droits distincts et différents.

M. Duranton pense, cependant (2), que probablement celui qui a succombé dans la demande d'un droit d'usage serait, à plus forte raison, repoussé par l'exception de chose jugée, s'il réclamait plus tard l'usufruit de la même chose, lequel est un droit plus étendu. Mais c'est là précisément ce qui en fait un droit différent et distinct. Et si, comme le pense cet auteur, la chose jugée ne va pas de l'usufruit au droit d'usage réclamé plus tard, il doit en être de même quant à l'extension de la chose jugée du droit d'usage à celui d'usufruit. Cette question se rattache d'ailleurs à celle plus générale de savoir dans quels cas et comment l'exception de chose jugée s'étend de la partie au tout. Or, nous allons bientôt l'examiner.

41. Le principe que nous avons posé plus haut, concernant l'identité du droit, sert encore à fonder les solutions suivantes.

Le jugement rendu au possessoire n'a point l'autorité de la chose jugée au pétitoire. Après avoir échoué au possessoire, je puis donc réclamer par une seconde action la propriété. Car l'objet des deux instances est très différent; au possessoire, il

(1) Toullier, t. 10, n° 154. — Zachariæ, *ibid.* — Duranton, t. 13, n° 465.

(2) T. 13, n° 467.

s'agit de la possession; au pétitoire, de la propriété; *in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur* (1).

Le juge du pétitoire peut même, sans violer la chose jugée, décider que les faits qui ont été reconnus au possessoire suffisants pour faire prononcer la maintenue en possession, peuvent s'expliquer par la tolérance et le bon voisinage, et qu'ils ne sauraient, dès lors, fonder la prescription (2).

Le jugement qui a rejeté une action possessoire en la déclarant mal fondée, n'ayant point pour effet d'attribuer au défendeur la possession litigieuse, s'il n'a point réclamé lui-même cette possession, et n'en a fait le sujet d'une demande reconventionnelle qui ait été accueillie, il s'ensuit que, si plus tard il se porte demandeur au possessoire, il est tenu de prouver qu'il est en possession annale, et que le juge peut, en conséquence, rejeter sa demande sans violer l'autorité de la chose jugée. L'objet des deux actions est en effet différent (3).

42. Le jugement qui déclare une partie tenue d'une dette comme caution ou caution de caution, sans rien statuer sur les exceptions qu'elle peut avoir à opposer, n'a pas l'autorité de la chose jugée quant à ces exceptions, notamment celle résultant du défaut de subrogation, conformément à l'article 2037, lorsqu'il s'agit de l'exécution du jugement (4).

De même, le jugement qui condamne à payer une somme déterminée ne s'oppose pas à ce que le débiteur conteste plus tard l'hypothèque, le nantissement que le créancier prétend rattacher à l'obligation. Car il n'a rien été décidé sur ce point.

Enfin, le jugement qui, en repoussant une demande à fins de déchéance, pour cause de divertissements, a admis la veuve à exercer l'usufruit qui lui a été légué sur les propres de son mari, ne fait pas obstacle à ce que plus tard, dans l'instance

(1) L. 14, § 3, *ff. De except. rei jud.* — TOULLIER, T. 10, n° 156. — DURANTON, T. 13, n° 468. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 788. — Cass., 22 août 1853. SIREY, 53, 1, 593.

(2) Cass., 25 janv. 1842. SIREY, 42, 1, 972.

(3) Cass., 21 mars 1854. SIREY, 54, 1, 621.

(4) Cass., 20 mars 1813. SIREY, 13, 1, 155.

relative à la liquidation de la communauté, les juges reconnaissent les détournements imputés, et attribuent aux héritiers du mari la totalité des valeurs détournées, en réservant toutefois à la femme l'usufruit de la part afférente au mari, lequel lui a été alloué par le premier jugement (1). Il n'y a pas, en effet, identité d'objet dans les deux instances.

43. Celui qui a échoué dans une action en revendication de la propriété peut ensuite, nonobstant le jugement qui l'en déboute, réclamer sur le même fonds qui faisait le sujet de la première demande un droit de servitude quelconque, pourvu qu'il ne le fasse pas à titre de propriétaire.

Réciproquement, celui qui a réclamé une servitude sur un fonds, et qui a été repoussé de sa demande, peut encore exercer une action en revendication de la propriété du même fonds, quelque soit d'ailleurs l'argument, en fait, que son adversaire est en droit de tirer de ce qu'il a commencé par exercer une action qui est en contradiction avec la seconde, puisqu'on ne peut réclamer de servitude sur sa propre chose (2).

44. J'ai vainement réclamé une servitude sur un fonds. Malgré le jugement qui a repoussé ma demande, je pourrai réclamer ensuite sur le même fonds une servitude différente; et cette servitude sera réputée différente, non seulement si elle est d'une autre nature, mais encore si, étant d'une espèce semblable, elle est seulement plus étendue ou plus restreinte que la première; de telle sorte, néanmoins, que le droit de servitude qui faisait le sujet de la première action, ne comprenne point l'autre, ou qu'il ne s'y trouve point virtuellement ni nécessairement compris de droit.

Par exemple, j'ai commencé par réclamer un passage à pied, *iter;* je pourrai ensuite demander un passage pour bêtes de somme, *actus,* et enfin un passage avec voiture, avec bêtes liées

(1) Cass., 1er déc. 1841. Sirey, 41, 1, 801.

(2) Duranton, t. 13, n° 466.—Zachariæ, t. 5, pag. 783.—Toullier, t. 10, n° 153.

ou déliées, *via* (1). Cette demande a un autre objet, ce qui fait qu'il n'y a pas lieu à l'exception de chose jugée ; *aliud videri tunc petitum, aliud nunc et ideo exceptionem rei judicatæ cessare.* Telle est la décision d'Ulpien (2).

On dirait vainement que le premier jugement ayant décidé que je n'ai pas de passage à pied, je ne saurais, à plus forte raison, avoir un droit de passage plus étendu qui comprendrait même le droit que je suis reconnu ne pas avoir ; que, conséquemment, il y a chose jugée quant à l'objet de la seconde demande. Cette objection n'est que spécieuse ; car les droits de servitude successivement réclamés sont des droits différents les uns des autres, et si dans la première instance il a été jugé que je n'ai pas de passage à pied ni, à plus forte raison, de passage avec bêtes de somme, ce n'est seulement qu'en tant que je suis reconnu ne point avoir de passage à pied. Le plus ou moins d'étendue en fait de chaque servitude est donc indifférent, et l'on ne peut dire, au point de vue du droit, que l'une d'elles comprenne l'autre ou y soit comprise, comme en étant juridiquement une partie intégrante et nécessaire. La servitude réclamée dans la seconde action étant un droit différent sur lequel il n'y a eu ni débat ni décision, on ne peut repousser la demande qui en est faite par l'exception de la chose jugée. Je la réclame, en un mot, pour elle-même, au titre principal et particulier qui la constitue en droit d'une manière indépendante.

45. Je réclame, par une demande conçue en termes généraux, l'entier affranchissement de mon terrain de toute servitude, et la liberté absolue d'en disposer comme bon me semble, en élevant certaines constructions autres que le mur alors existant. Le jugement qui me déboute de cette prétention n'aura pas l'autorité de la chose jugée, quant à la seconde action par laquelle je réclame spécialement le droit d'exploiter utilement

(1) L. 11, § 6, *ff. De except. rei jud.*
(2) Pothier, n° 45. — Zachariæ, t. 5, pag. 783. — Toullier, t. 10, n° 153. — Duranton, t. 13, n° 467.

le mur de clôture, en lui donnant de la profondeur et en y pratiquant des ouvertures de fenêtres et des boutiques sur la voie publique (1).

C'est que toute demande générale, par laquelle est réclamé un droit absolu et illimité, diffère essentiellement de la demande ultérieure par laquelle est réclamé un droit spécial et déterminé, qui n'a été, dans la première instance, l'objet d'aucune contestation ni décision particulière, et qui, d'ailleurs, ne constitue aucune partie essentielle ni intégrante du premier, bien qu'il ait avec celui-ci, mais sans y être virtuellement compris, quelques rapports plus ou moins directs ou prochains.

46. Mais si le droit qui fait le sujet de la seconde demande est identique à celui qui fait le sujet de la première, et qu'il n'en diffère seulement que par certaines modifications dans son étendue et son exercice, il y a lieu à l'exception de chose jugée. Ainsi, dit Africain (2), j'ai plaidé avec vous que j'ai le droit d'élever mes bâtiments à la hauteur de dix pieds; puis je prétends que j'ai le droit de les porter à vingt pieds. Je serai, sans aucun doute, repoussé par l'exception de chose jugée. Et si, dans ma seconde action, je prétendais, en termes différents, que j'ai le droit de les élever de dix autres pieds en sus, je serais également repoussé par la même exception. Car je ne puis légalement avoir la partie supérieure, que si je puis aussi légalement avoir la partie inférieure (3).

Il en serait de même au cas où, après avoir vainement demandé le droit de prendre l'eau d'une source ou d'un ruisseau pour l'irrigation de mon fonds, pendant un certain nombre de jours de chaque semaine, je viendrais à réclamer, par une action ultérieure, la même prise d'eau, suivant un nouveau mode et pour des jours différents. Il y aurait chose jugée, car il s'agirait toujours du même droit.

(1) Cass., 30 mars 1837. SIREY, 37, 1, 980.
(2) L. 26, *ff. De except. rei jud.*
(3) POTHIER, nº 45.

Je serais encore repoussé par la même exception, si, après avoir prétendu que vous n'avez pas le droit de bâtir sur tout votre terrain, je soutenais ensuite, au même titre de servitude, que vous ne pouvez pas bâtir à moins de vingt pieds de distance de mon fonds; ou bien encore, si, après avoir demandé un droit de pacage et de pâturage sur votre fonds, pour toutes les bêtes de mon domaine indistinctement, je réclamais le même droit de pacage, dans des limites plus ou moins étendues, pour une espèce particulière de bêtes seulement (1).

47. Si la partie est réputée, quant à l'application des principes relatifs à l'autorité de la chose jugée, ne point former un objet différent du tout sur lequel il a été statué, et si, en conséquence, l'exception de chose jugée s'y applique comme au tout lui-même, en général, au contraire, la seconde demande qui embrasse l'intégralité d'une chose, d'une quantité ou d'un droit, est censée comprendre un objet différent de la première, qui n'avait pour objet qu'une partie seulement de cette chose, de cette quantité ou de ce droit. La raison en est que le tout n'est pas contenu dans la partie (2).

De ce que le demandeur a été, dans une première action, reconnu n'avoir aucun droit sur une partie, il ne s'ensuit donc pas qu'il ait été décidé qu'il n'avait aucun droit sur le tout. Je demande la proprité de tel héritage dépendant d'un corps de domaine que vous possédez. Je suis débouté de mon action en revendication, parce que je ne justifie point de mon droit de propriété. Je pourrai néanmoins revendiquer, par une seconde action, le domaine tout entier, sans que vous puissiez m'opposer l'exception de chose jugée. Et, si je parviens à m'en faire reconnaître propriétaire, j'aurai, comme en étant une dépendance et à ce nouveau titre, l'héritage même dans la revendication duquel j'ai précédemment succombé. En effet, le jugement qui a rejeté ma première demande l'a repoussée seulement parce que je n'ai pas établi alors mon droit, et sans

(1) DURANTON, T. 13, n° 463.
(2) TOULLIER, T. 10, n° 155. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 782, n° 58.

vous attribuer la propriété de l'héritage qui faisait l'objet de mon action en revendication (1).

Aussi, ne pourrais-je point le retenir comme étant une dépendance du domaine dont je suis reconnu propriétaire dans ma seconde action, si le premier jugement vous en avait expressément déclaré propriétaire, par exemple, sur une exception de prescription que vous m'auriez opposée.

48. Pour étendre la chose jugée de la partie au tout, de même qu'elle s'applique de droit du tout à la partie, on objecte vainement (2) que la partie ayant été déjà reconnue sans droit sur une partie de la chose, il a été, par cela même, décidé qu'elle n'avait pas droit à l'intégralité de la même chose, puisqu'il y aurait contradiction à la lui attribuer pour le tout, après lui en avoir refusé même une simple partie.

Qu'il y ait, dans l'apparence, quelque chose de choquant dans un semblable résultat, nous pouvons sans peine le reconnaître. Car il n'est pas, tout d'abord, facile de concevoir, avec les seules lumières de l'équité naturelle, comment, après avoir été déclaré sans droit sur une partie, je puis, dans une seconde instance, être reconnu avoir droit au tout, puisque si j'ai, en définitive, un droit aussi étendu, j'aurais dû, à plus forte raison, avoir, dès le principe, droit à la partie qui a fait l'objet de ma première demande.

Une réflexion plus attentive fait cependant bientôt comprendre que cette prétendue contradiction n'existe pas. En effet, le tout, y compris même la partie qui a fait le sujet de la première action, ne saurait être attribué au demandeur, dans la dernière instance, que tout autant que sa première demande a été repoussée comme non établie et non justifiée, et que le défendeur a été acquitté de l'action, *per non jus actoris*, faute par le demandeur d'avoir prouvé son droit. Dès lors, il n'y a plus rien de contradictoire à décider que le demandeur qui n'a pas justifié de son droit sur une partie de la chose, dans une

(1) TOULLIER, *ibid.* — Voy. *suprà*, n° 26.

(2) Voy. DURANTON, T. 13, n° 464. — MARCADÉ, art. 1351, n° 3 et suiv.

première instance, est parvenu à faire la justification de son droit sur le tout, dans une instance ultérieure. Chacune d'elles, comprenant un objet différent, cette circonstance suffit pour écarter l'exception de chose jugée.

49. Voici le cas où la contradiction signalée existerait réellement : ce serait si le défendeur ayant été, dans la première instance, reconnu expressément avoir droit à la partie réclamée, le demandeur pouvait, en faisant porter sa dernière action sur le tout, le dépouiller du droit précédemment déclaré en sa faveur sur cette partie, sous prétexte qu'elle est comprise dans le tout qui lui est plus tard attribué.

Mais ce résultat est légalement impossible, et l'autorité de la chose jugée s'y oppose, en ce sens que la partie de la chose ou du droit sur laquelle a porté la première instance, étant elle-même comprise dans la demande du tout, il y a, jusqu'à due concurrence, identité quant à l'objet des deux actions. Dès lors, le demandeur ne peut réclamer, dans la nouvelle instance, la totalité de la chose revendiquée ou de son droit prétendu, que déduction faite de ce qui a fait l'objet du jugement antérieur, et qui lui a été refusé.

50. Est-ce à dire, cependant, que jamais et dans aucun cas le jugement rendu sur une partie ne puisse acquérir, à l'égard du tout, l'autorité de la chose jugée? Nullement. Mais il importe de déterminer les conditions sous lesquelles cette extension de la chose jugée est applicable.

Si la chose jugée ne va pas en principe de la partie au tout, du moins au plus, c'est bien moins à cause de la différence d'étendue et d'émolument dans le droit qui a fait l'objet de la première demande, qu'à cause de la diversité effective quant aux choses ou aux droits qui font le sujet des deux instances. L'identité du droit est, en effet, indépendante de son plus ou moins d'extension et d'émolument, et elle ne cesse pas d'être parfaite, quoique, dans son exercice pratique et dans son application réelle, il reçoive certaines modifications qui en restreignent ou étendent la portée.

Si donc sur une demande qui ne portait que sur une partie d'une chose ou d'un droit, il a été, d'une manière principale ou incidente, par voie d'action ou d'exception, débattu, conclu et décidé entre les parties, sur la totalité de cette chose ou l'intégralité de ce droit, le demandeur qui a été débouté ne pourra, dans une seconde instance, renouveler le débat sur le tout, sous le prétexte que l'objet de cette action est différent de celui de la première. Il y a chose jugée sur le tout comme sur la partie, puisque la décision sur l'une n'a été rendue que par voie de conséquence et d'application de la décision générale prononcée sur l'autre. En réalité, quoique le jugement ne statue que sur la partie spécialement, il contient virtuellement et nécessairement, si même elle ne résulte expressément de ses termes, une décision sur le tout. Et c'est alors bien moins étendre la chose jugée de la partie au tout, que du tout à la partie, comme fait le jugement lui-même dans ses dispositions.

31. Après avoir succombé dans la demande des intérêts, je puis encore demander le principal, et on ne peut m'opposer l'exception de chose jugée. Car, de ce qu'il est jugé que je n'ai pas droit aux intérêts, soit parce que la créance n'en produit point, soit parce qu'ils ont été payés ou prescrits, il ne s'ensuit point qu'il ait été décidé que le principal ne m'était pas dû (1).

Mais si le défendeur a combattu ma demande d'intérêts par une exception fondée sur ce que la créance elle-même n'existait pas, qu'elle était nulle, soldée ou prescrite, et que le jugement ait fait droit contre moi de cette exception, je ne pourrai demander ultérieurement le principal sans contrevenir à la chose jugée (2).

On doit en dire autant de tout jugement qui, statuant sur une partie accessoire et secondaire, n'a rien décidé touchant le droit principal. Rien ne s'oppose alors à ce que ce droit fasse l'objet d'une réclamation ultérieure. Mais s'il a été lui-même le sujet du jugement, par suite des exceptions proposées par le

(1) L. 23, *ff. De except. rei jud.* — POTHIER, n° 44.

(2) DURANTON, t. 13, n° 469. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 783.

défendeur, il est également atteint par la chose jugée. C'est ce qui arrive lorsque, sur une action dirigée contre le débiteur relativement à une obligation accessoire de cautionnement, de gage, d'hypothèque, la créance a été elle-même, quant au principal, l'objet d'un débat concernant son existence même, sa nullité ou son extinction.

52. Je demande, en qualité de propriétaire, que vous me délaissiez la jouissance de tel domaine ou de tel héritage dépendant d'un corps de domaine, soit que je qualifie ou non le droit que je réclame d'usufruit sur la chose qui fait l'objet de mon action. Le débat s'engage sur l'existence et l'intégralité mêmes de mon droit de propriété; je finis par succomber dans mes prétentions. Il y aura chose jugée, non seulement quant au droit spécial qui a fait le sujet de ma demande, mais encore quant au droit intégral de propriété sur lequel j'ai fondé mon action.

Il en sera de même au cas où ayant demandé, à titre d'usufruitier, un droit d'usage, et ayant succombé, je demande ensuite l'usufruit, si cet usufruit, qui représente mon droit intégral, a été l'objet d'une disposition expresse ou virtuelle du premier jugement.

Je vous demande, comme ayant en faveur de tel fonds une servitude de passage avec bêtes de somme, le droit de passer à pied, et il est décidé que, n'ayant point la première servitude, je n'ai pas non plus la seconde qui y est virtuellement comprise, comme étant moins étendue. La chose jugée s'opposera à ce que, après avoir réclamé un passage à pied, je demande un passage avec bêtes de somme. C'est que, à la différence de l'hypothèse rapportée plus haut (1), la servitude qui a fait le sujet de la première instance a été demandée expressément comme étant une dépendance, un démembrement du même droit de servitude qui forme l'objet de ma seconde action.

53. Je vous demande, me prétendant propriétaire du tout,

(1) *Suprà*, n° 44.

délivrance du tiers, du quart. J'échoue dans mon action, parce que je ne justifie pas de mon droit de propriété. Il y aura chose jugée quant à l'intégralité de mon droit, de la même manière que si toute la chose avait fait expressément l'objet de ma demande.

C'est ainsi encore que l'autorité de la chose jugée fait obstacle à l'exercice de ma seconde action, non seulement lorsqu'après avoir vainement revendiqué certaines choses spécialement comme dépendant d'une succession, je réclame les mêmes choses par l'action générale en pétition d'hérédité, ou réciproquement (1), mais encore lorsque, ayant revendiqué certaines choses comme dépendant d'une succession, je réclame l'hérédité dans sa totalité, et que mon droit intégral comme héritier a été, dans la première instance, l'objet d'une appréciation générale et d'une décision expresse ou virtuelle.

54. Nous pourrions multiplier les exemples. Mais ceux que nous venons de citer suffisent sans doute pour faire comprendre sous quelles conditions la chose jugée sur une partie s'étend à l'intégralité de la chose ou du droit. Cette extension a lieu seulement lorsque la partie de cette chose ou de ce droit a été demandée au même titre, en la même qualité que la chose totale ou le droit entier sont eux-mêmes réclamés, et qu'ils ont été dans leur intégralité, nécessairement et virtuellement, l'objet des dispositions du jugement. Il y a alors identité d'objet entre les deux demandes.

55. Un jugement rendu sur une instance en partage, et passé en force de chose jugée, a rejeté une offre de preuve faite par les copartageants qui se prétendaient frustrés par suite de détournements qu'ils imputaient à l'un d'eux. Si, plus tard, ils viennent à découvrir de nouvelles valeurs dont l'existence avait été jusque-là ignorée, et qui, par conséquent, n'avaient pu être l'objet d'aucun débat spécial, l'action intentée par eux en détournement frauduleux de ces nouveaux effets ne pourra-

(1) L. 3, l. 7, § 4, *ff. De except. rei jud.*

être écartée par l'exception de chose jugée. Il n'y a pas, en effet, identité d'objet; et, comme les dispositions des articles 792 et 1477, qui privent le copartageant de la part qu'il aurait eue dans les objets par lui détournés, s'appliquent à tous et à chacun des objets et valeurs de la succession ou de la communauté, à quelque époque que le détournement ait été découvert; comme, enfin, ces mêmes objets et valeurs forment le sujet d'un partage particulier, la chose jugée dans une première instance ne saurait s'étendre à celle qui les concerne spécialement (2).

56. Il n'y a pas lieu non plus à l'exception de chose jugée à l'égard du créancier qui, après avoir poursuivi sa collocation hypothécaire ou privilégiée dans un ordre, la poursuit, plus tard, dans un nouvel ordre, ouvert sur le même débiteur, mais ayant pour objet la distribution du prix d'autres immeubles. Il n'y a pas identité d'objet entre les deux demandes (2). Ceci n'est vrai, toutefois, qu'en tant que les droits du créancier n'ont pas été déclarés prescrits ou autrement éteints dans le premier ordre, et que, dans le second, il s'agit seulement de l'efficacité de son titre, comme emportant en sa faveur une cause légitime de préférence à l'égard des autres créanciers.

57. Parfois, les caractères de cette identité d'objet s'apprécient mieux envers l'une des parties qu'envers l'autre. Il convient donc de l'examiner également au point de vue du demandeur et du défendeur.

Souvent encore ils apparaissent plus clairement dans l'hypothèse d'un jugement qui accueille la demande, que dans celle d'un jugement qui la rejette. Or, comme les conditions de la chose jugée sont exactement les mêmes, soit qu'il s'agisse d'une demande accueillie ou d'une demande rejetée, il convient encore de se placer alternativement dans l'une et l'autre de ces hypothèses, et de vérifier si, en réalité, il y aurait égale-

(1) Cass., 13 mai 1846. SIREY, 46, 1, 547.
(2) Cass., 28 août 1849. SIREY, 50, 1, 49.

ment identité d'objet entre la dernière demande et le premier jugement, en en renversant les termes. Ce double contrôle peut servir à rectifier les erreurs ou les inexactitudes d'une appréciation incomplète.

58. Il arrive quelquefois qu'une partie forme, dans une seconde instance, une nouvelle réclamation dont le résultat, si elle est accueillie, doit, à son avantage, augmenter l'émolument d'un premier jugement rendu en sa faveur, ou bien restreindre et modifier les effets d'une précédente condamnation prononcée contre elle. Une pareille demande est-elle susceptible d'être repoussée par l'exception tirée de la chose jugée?

Si la chose qui en fait le sujet a été, dans la première instance, l'objet de conclusions formelles, et que les juges aient omis de prononcer, il y a lieu de ce chef à requête civile (480, n° 5, C. pr.).

Nous supposons donc que, la cause de la demande restant d'ailleurs la même, la chose qui fait le sujet de la nouvelle réclamation n'a pas été comprise dans les conclusions posées lors du premier procès, et que le juge n'a porté à cet égard aucune décision expresse ou virtuelle. Les termes de la condamnation sont-ils alors tellement irréfragables qu'ils excluent toute demande nouvelle qui tendrait à y introduire, dans l'exécution, une modification quelconque? Nous ne le pensons point.

Il suffit, en effet, qu'il n'y ait pas identité dans l'objet de la nouvelle demande, bien que la cause soit la même et que le résultat de la dernière réclamation doive exercer quelque influence sur l'étendue de la condamnation déjà prononcée, pour que l'exception de chose jugée ne soit point régulièrement opposable. Par exemple, après avoir obtenu la reconnaissance de mon droit sur partie d'une créance ou d'une chose, je pourrai en réclamer le surplus. Je pourrai de même demander le payement d'intérêts conventionnels ou moratoires, soit une restitution de fruits, sans qu'on puisse m'opposer l'exception

de chose jugée, puisque les choses que je réclame n'ont été, dans la première instance, l'objet d'aucunes conclusions formelles ni d'aucune décision expresse ou implicite.

Il est vrai que la loi romaine (1) ne voulait pas qu'après le procès terminé il y eût débat quant à la répétition des dépens de l'instance, si le juge qui avait statué sur le fond de la cause ne les avait adjugés ou réservés. Il n'est pas permis, disait-elle, qu'après le jugement rendu un nouveau litige surgisse de la matière même du premier. Et elle appliquait le même principe aux intérêts moratoires, dont le juge était autorisé à faire tenir compte dans les actions de bonne foi, telles que le quasi-contrat de gestion d'affaires (2). Après le jugement passé en force de chose jugée, et portant condamnation sans intérêts, tout était irréfragablement terminé, et le créancier ne pouvait réclamer que les intérêts *ex causis judicati*, pour cause du jugé, lesquels couraient de droit sur le pied de la centésime, en vertu du jugement (3).

Pour ceux qui admettent, sous notre législation, que le juge peut, comme sous le droit romain, statuer d'office sur les dépens et les intérêts moratoires, la loi romaine sera sans doute, et par cette seule raison, aujourd'hui applicable. Mais pour ceux qui, comme nous, pensent au contraire que le juge ne peut d'office rendre de décision à cet égard, il en est autrement.

Nous y puisons, toutefois, le principe d'une distinction : S'agit-il de choses que le juge peut décider d'office en statuant sur le litige principal ; son silence vaut jugement, et la décision subsiste dans ses termes d'une manière invariable et définitive. S'agit-il, au contraire, de choses sur lesquelles le juge n'est pas autorisé à statuer d'office ; elles peuvent, si elles n'ont été l'objet d'aucunes conclusions, ni d'aucune décision, donner ouverture à une nouvelle demande de la part de la

(1) L. 3, C. *De fruct. et lit. expens.*
(2) L. 13, C. *De usur.*
(3) Voy. C. tit. *De usur. rei jud.*

partie qui a gagné son procès dans une première instance, et qui, en le gagnant, n'a cependant pas épuisé son droit.

Il convient, cependant, d'excepter les points qui ne peuvent former le sujet d'une demande, indépendamment d'un droit principal dont ils ne sont qu'un simple accessoire, et sur lequel la justice a définitivement prononcé. Ils ne sauraient donner lieu à un nouveau procès. Le juge ne peut en être ressaisi d'une manière principale, et le droit de la partie se trouve épuisé. Tel est le cas où le créancier, après décision sur le principal, demanderait la contrainte par corps, par action nouvelle; il n'y serait pas fondé (1). De même, quant aux dépens de l'instance non réglés par le jugement.

En ce qui concerne la partie précédemment condamnée, et qui forme ensuite une nouvelle demande, à l'effet de restreindre et de modifier d'une manière quelconque les effets de la condamnation, il convient d'appliquer les mêmes distinctions que nous avons proposées à l'égard de la partie qui a obtenu gain de cause. Les conditions dont le concours est nécessaire pour établir la chose jugée, sont en effet exactement les mêmes relativement à chaque partie, soit qu'elle ait triomphé ou succombé dans sa réclamation.

59. Les principes concernant l'identité de l'objet sont intimement mêlés à ceux relatifs à l'identité de la cause. Ils s'en rapprochent tellement quelquefois qu'ils semblent se confondre avec eux, surtout au point de vue de l'identité du droit qui fait le sujet de la contestation. Aussi, verrons-nous, dans les explications qui vont suivre, le même fait juridique être tantôt la cause, et tantôt l'objet même du litige, suivant la manière dont le débat est engagé, et l'ordre dans lequel se développent la demande principale et les exceptions.

60. Cette expression de cause n'a point, en matière du jugements, la même signification qui lui est attribuée en matière

(1) CARRÉ, *Compétence*, T. 2, pag. 685. — PIGEAU, T. 2, pag. 393. — TROPLONG, *Contrainte par corps*, n° 325. — Paris, 24 déc. 1839. DALLOZ, v° *Contrainte par corps*, n° 58.

de conventions. Elle signifie le fondement légal du droit que les parties font respectivement valoir l'une contre l'autre, par voie d'action ou d'exception.

Je revendique contre vous la propriété d'une chose, prétendant que vous me l'avez vendue. La vente que j'invoque est la cause de mon action; elle se fonde sur l'existence de ce contrat translatif de propriété en ma faveur; elle procède de ce titre. C'est, en un mot, à cause de l'acquisition que j'en ai faite que je revendique la propriété dont il s'agit.

Vous répondez à ma demande principale, par voie d'exception, que la vente sur laquelle je la fonde est entachée de nullité, parce que votre consentement a été surpris par dol. Cette exception engage elle-même un débat incident, dans lequel la validité de la vente devient l'objet de litige, sans cesser néanmoins d'être la cause de ma demande principale. Et la cause de l'exception consiste dans la nullité prétendue du même contrat.

Mais je réponds à votre exception que cette nullité est prescrite, ou couverte par des actes d'exécution volontaire. Voilà donc cette question de nullité qui devient l'objet d'un nouveau débat incident, dont la cause réside dans la prescription ou l'exécution invoquée.

Enfin, vous répliquez que la prescription a été suspendue, que l'exécution n'a pas été volontaire de votre part. Nouveau débat dont la prescription ou confirmation est l'objet, tandis qu'il a pour cause les faits sur lesquels vous vous fondez pour prétendre que la prescription n'est pas accomplie, ou que l'exécution n'a pas été volontaire.

Le développement de tout ce débat, depuis la demande principale jusqu'aux dernières répliques aux exceptions proposées, se reproduit dans les diverses dispositions du jugement, dont chaque chef a ainsi sa cause et son objet.

61. Il est essentiel de ne point confondre la cause de l'action ou de l'exception avec l'objet du litige, avec le droit qui est en discussion, ni avec l'émolument qui doit résulter de la

reconnaissance de ce droit. Une exacte analyse du débat suffira toujours pour prévenir une semblable confusion. Nératius dit très bien (1) : *Cum de hòc, an eadem res est, quæritur, hæc spectanda sunt; personæ; id ipsum dè quo agitur; causa proxima actionis;* lorsqu'on se demande si c'est la même chose, il faut considérer ces trois points : les personnes, ce dont il s'agit, la cause prochaine de l'action. Or, ce dont il s'agit, est l'objet de la demande.

Il est vrai que, dans les actions réelles, et surtout dans celles qui ont pour objet la propriété, l'objet se rapproche tellement de la cause, qu'il semble s'identifier avec elle. Je revendique la propriété de telle chose ; pourquoi ? A cause de la propriété qui m'en appartient; de telle sorte qu'au premier abord il semble que la propriété revendiquée soit tout à la fois cause et objet de litige. Mais cette appréciation serait entièrement inexacte ; car le droit même de propriété qui fait le sujet de mon action, a nécessairement une cause distincte de lui-même. Or, cette cause réside, soit dans un contrat d'acquisition, soit dans une disposition testamentaire, soit enfin dans la prescription acquise en ma faveur, ou dans tout autre fait juridique constituant directement et par lui-même le fondement du droit prétendu.

62. Nératius, parlant de la cause, dit, *causa proxima actionis;* la cause très-prochaine, immédiate de l'action. Par là il faut entendre le principe même du droit, considéré à son origine, qui fait le sujet de la demande ou de l'exception. Ce principe, cette cause du droit, ne doivent donc point être confondus avec ce qu'on appelle les moyens, c'est-à-dire avec les diverses circonstances et les divers éléments de fait ou de droit qui les constituent, ou servent à en établir l'existence. Nous les appellerons, par opposition à la cause prochaine et immédiate, des causes éloignées, *causæ remotæ*, parce qu'ils ne viennent, par derrière et de plus loin, qu'à la justification, à l'appui de

(1) L. 27, *ff. De except. rei jud.*

la cause proprement dite, du principe générateur du droit.

Je revendique la propriété d'une chose, à cause que je l'ai achetée ou prescrite ; je réclame le payement d'une somme, à cause que je vous l'ai prêtée, ou que vous l'avez reçue pour moi. Les moyens de ma demande consistent alors dans la production de l'acte de vente, dans la justification de mes faits de possession, dans la preuve du prêt ou de la réception de la somme, en un mot, dans les divers faits justificatifs de la cause. Mais la cause est ailleurs; elle réside exclusivement dans les faits sur lesquels j'établis le fondement immédiat et direct du droit que j'invoque, indépendamment et abstraction faite des moyens généraux ou particuliers que je puis avoir de justifier l'existence et la réalité de ces faits constitutifs ou justificatifs de la cause (1).

63. L'autorité de la chose jugée est indépendante de l'identité ou de la diversité des moyens. La question ne laisse pas d'être la même, *quæstio eadem*, quoique les moyens invoqués pour l'établir soient différents, pourvu qu'il y ait d'ailleurs identité d'objet, de cause et de personnes.

Il s'ensuit que, après avoir vainement demandé une première fois la nullité d'une convention, à raison de manœuvres frauduleuses dont on n'offrait même pas la preuve, on ne peut renouveler plus tard la même action en nullité qui a été rejetée par les moyens du fond, et parce que l'allégation de fraude était démentie par toutes les circonstances, on ne peut, disons-nous, la renouveler, sous le prétexte qu'on présente des moyens nouveaux, soit de fait, soit de droit, qu'on articule, par exemple, des faits positifs de fraude (2). Autrement, les jugements n'auraient qu'un caractère purement provisoire, et les contestations seraient sans terme, si l'on pouvait ainsi confondre la cause de l'action avec ses moyens justificatifs.

Il s'ensuit, réciproquement, que la cause peut être différente, quoique les moyens invoqués pour justifier la demande

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 785. — Toullier, t. 10, n° 161.
(2) Cass., 14 janv. 1839. Sirey, 39, 1, 119.

soient identiques avec ceux qui avaient été proposés dans une première instance, à l'appui d'une action fondée sur une autre cause.

64. A plus forte raison, la cause reste-t-elle la même, lorsqu'il n'y a de différence que dans les motifs qui ont déterminé le demandeur à agir, et dans le but qu'il s'est proposé d'atteindre (1).

65. La signification du mot, cause, ainsi expliquée, il est facile de comprendre comment et pourquoi l'identité de la cause est exigée comme étant une des conditions essentielles de la chose jugée. Je puis, en effet, avoir, sur une même chose, des droits semblables et parfaitement identiques, si on les considère sous le rapport de l'émolument que leur exercice doit me procurer, mais, au contraire, absolument différents entre eux, si on les envisage sous le rapport de leur cause, c'est-à-dire de leur fondement légal. Or, cette différence, quant au fait juridique sur lequel le droit invoqué se fonde directement et immédiatement, suffit pour en faire un droit différent du premier, au moins quant à sa cause, et pour constituer, par suite, une action différente, à l'égard de laquelle il n'y a rien de jugé.

66. Il y a, dit Paul (2), cette différence entre les actions personnelles, *in personam*, et les actions réelles, *in rem*, que, lorsque la même chose m'est due par la même personne, il y a autant d'obligations singulières que de causes spéciales, et qu'aucune d'elles n'est altérée par l'exercice d'une action fondée sur une autre. Mais lorsque j'exerce une action réelle, sans exprimer la cause sur laquelle je fonde le droit de propriété que je revendique, toutes les causes sont sous-entendues dans la généralité d'une seule action, parce que, si la même chose peut m'être due plusieurs fois, je ne puis avoir plus d'une fois un droit de propriété sur la même chose.

(1) Cass., 6 avril 1831. SIREY, 32, 1, 851.
(2) L. 14, § *ff. ibid.*

Aussi, le même jurisconsulte Paul (1) dit-il que celui qui a succombé dans une action réelle, peut exercer l'action personnelle dite condiction, sans qu'on puisse lui opposer l'exception de chose jugée.

Cette observation du jurisconsulte romain ne manque pas de justesse en théorie. Car il est évident que si je puis être, par suite d'obligations personnelles, autant de fois créancier envers vous de la même chose qu'il y a de causes de différents engagements, je ne puis avoir sur une même chose qu'un seul et même droit de propriété, quelle que soit d'ailleurs la diversité des causes sur lesquelles je le fonde (2).

Toutefois, comme cette observation se rattache à la manière dont s'intentaient, sous le droit romain, les actions personnelles et les actions réelles, elle n'a plus aujourd'hui la même importance dans la pratique. En admettant, en effet, ce qui, au surplus, est controversé, en admettant, avec les commentateurs du droit romain, que le demandeur dût exprimer une cause spéciale, par exemple, l'existence d'un prêt, lorsqu'il intentait une action personnelle, et qu'il lui suffit, au contraire, lorsqu'il formait une action réelle, de dire, d'une manière générale, sans exprimer de cause particulière dont elle ne comportait même pas l'indication, qu'il revendiquait telle chose parce qu'elle était à lui, ou qu'il en était propriétaire; comme, sous notre droit français, l'exploit d'ajournement qui introduit l'instance doit contenir l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens (61, C. pr.), il y a par cela même, nécessairement, indication de quelque cause particulière ou même de plusieurs causes ensemble de l'action qui est intentée.

Il en résulte que l'autorité de la chose jugée n'existe que par rapport à la cause ou aux causes qui ont été proposées, et que le demandeur peut encore faire valoir, dans une nouvelle instance, les autres causes sur lesquelles il n'a rien été statué.

Mais il n'en est pas moins vrai que, si l'action en revendica-

(1) L. 31, *ff. ibid.*
(2) Pothier, n° 46.

tion de propriété avait été exercée d'une manière générale, sans indication d'aucune cause particulière, et que le jugement lui-même, ne précisant rien à cet égard, l'eût rejetée en termes généraux, comme n'étant pas justifiée, il y aurait chose jugée sur toutes les causes d'action, indistinctement, qui pouvaient alors appartenir au demandeur (1); car il les a déduites en justice, dans sa première instance en revendication, *nam qualecunque et undecunque dominium adquisitum habuit, vindicatione primâ in judicium deduxit* (2).

67. Après avoir agi en revendication comme héritier *ab intestat*, il pourra donc agir comme héritier testamentaire, ou bien, après avoir agi en vertu d'un testament qui l'institue héritier, fonder sa demande sur un autre testament antérieur ou postérieur à celui qu'il avait d'abord invoqué (3).

D'un autre côté, quelque généraux qu'aient été les termes de sa première demande et du jugement qui l'a rejetée, il pourra, néanmoins, former une nouvelle action en revendication, lorsqu'il la fondera sur une cause qui n'est survenue ou n'a été acquise que depuis le jugement. Car cette cause est essentiellement différente, et elle n'a pu, par avance, être l'objet d'aucune décision (4).

68. Ce que nous venons de dire des actions réelles s'applique également aux exceptions qui se fondent sur des droits réels qu'elles ont pour objet de faire valoir. Le défendeur qui les oppose devient en effet demandeur, et cette circonstance seule suffirait, indépendamment de la nature du droit qu'il invoque, pour assimiler sa position à celle du demandeur principal. Il pourra donc faire valoir ultérieurement, non seulement toute exception fondée sur une cause qui n'est survenue que depuis,

(1) POTHIER, n° 46.

(2) L. 11, § 5, *ff. De except. rei jud.*

(3) Montpellier, 15 fév. 1841. SIREY, 41, 2, 213.—Cass., 3 mai 1841. SIREY, 41, 1, 720.

(4) L. 9, § 1.—L. 11, §§ 4 et 5.—L. 25, *ff. ibid.*—DURANTON, T. 13, n° 472. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 790 et 792.

mais encore toutes celles dont la cause existante déjà n'a cependant pas été soumise à l'appréciation du juge lors de la première décision.

Ainsi, le défendeur qui a vainement opposé à une action en partage l'exception tirée de la prescription, pourra, sans violer l'autorité de la chose jugée, proposer une nouvelle exception en la fondant sur un autre titre d'acquisition de la propriété. Il y a une nouvelle cause de demande et un nouvel objet de jugement (1).

Il s'ensuit que, à la différence des simples moyens qui doivent être tous simultanément proposés, le défendeur n'est pas plus tenu de proposer cumulativement toutes ses exceptions, que le demandeur lui-même n'est tenu d'intenter toutes ses actions ensemble, sous peine d'être ensuite repoussé par l'exception de chose jugée. C'est que, en effet, les mêmes règles s'appliquent à l'action et à l'exception.

69. Il y a une première distinction fondamentale à établir entre les causes qui existaient au moment où l'action a été poursuivie, et celles qui n'ont été acquises ou purifiées que depuis le jugement. A l'égard de ces dernières, il n'emporte point autorité de chose jugée.

J'ai succombé dans une action en pétition d'hérédité dirigée contre Jean, parce qu'il est établi que ce n'est pas moi qui suis héritier du *de cujus*, mais bien Pierre, dont je suis devenu plus tard l'héritier ou le cessionnaire. Je pourrai, de son chef, renouveler mon action, même en la fondant, comme la première fois, sur la nullité du testament du défunt et sur les mêmes moyens qui ont été proposés dans la première instance (2).

Je revendique contre vous la propriété d'une chose ou d'une hérédité, et je succombe dans ma demande, parce que vous établissez que vous n'en êtes point possesseur. Si vous en reprenez ensuite la possession, je pourrai agir contre vous, sans

(1) Cass., 6 déc. 1837. Sirey, 38, 1, 33.
(2) Duranton, t. 13, n° 476.

que vous soyez en droit de m'opposer l'exception tirée de la chose jugée (1).

Sans être encore héritier, je réclame une hérédité, et je suis débouté de mon action. Plus tard, je deviens héritier, par exemple, par suite de la renonciation de l'héritier plus proche qui m'excluait; je pourrai renouveler mon action, car la qualité que j'ai acquise en établit une cause nouvelle (2).

Réciproquement, je poursuis Pierre pris en qualité d'héritier de Jean. Il établit qu'il n'est pas héritier; mais il le devient plus tard, par suite de la renonciation de l'héritier plus proche qui l'écartait de la succession. Je pourrai agir contre lui en vertu de cette nouvelle cause, sans qu'il puisse m'opposer l'exception de chose jugée (3).

Une chose m'est léguée sous condition; pendant que la condition est en suspens, j'en acquiers la propriété et je la revendique, mais vainement. Plus tard, la condition s'étant réalisée, je réclame de nouveau l'objet du legs. Je pense, dit Ulpien (4), que l'exception n'est pas opposable; car c'est une nouvelle cause qui survient, et la première action était fondée sur une cause différente (5).

Je réclame une chose qui m'est due à terme ou sous condition, et je suis repoussé seulement par forme de fin de non recevoir, tirée du défaut d'échéance ou d'exigibilité. Je pourrai plus tard renouveler ma demande, lorsque la cause en sera purifiée par l'expiration du terme ou l'accomplissement de la condition.

70. Nous remarquerons, à cet égard, d'une manière générale, que, lorsqu'un jugement a débouté une partie de sa demande ou de son exception, en la déclarant simplement non recevable, par suite d'une fin de non recevoir quelconque qui lui est op-

(1) L. 9, 17 et 18, *ff. De except. rei jud.*
(2) L. 25, *ff. ibid.* — Duranton, t. 13, n° 477.
(3) Duranton, t. 13, n° 479.
(4) L. 11, § 4, *ff. ibid.*
(5) Toullier, t. 10, n° 159.

posée, mais sans rien décider, au fond, sur la cause qui forme le fondement de son droit prétendu, il n'en résulte contre elle aucun obstacle à ce qu'elle renouvelle sa demande ou son exception, lorsque la cause vient à être purifiée dans son existence et ses éléments constitutifs. Les modifications qu'elle a dès lors reçues en font, en réalité, une cause différente. Ce n'est plus *eadem quæstio, eadem res;* ce n'est plus la même question, la même chose.

71. S'il ne peut s'élever aucune difficulté sérieuse quant à la diversité des causes, lorsque celle sur laquelle la demande ou l'exception est fondée n'est survenue qu'après le premier jugement, duquel on prétend tirer l'exception de chose jugée, il n'en est pas ainsi lorsqu'il s'agit d'une cause préexistante et contemporaine de celle qui a été appréciée dans le jugement. Il n'est pas alors toujours facile de reconnaître si toutes les causes de demande ou d'exception ont été cumulativement déduites en justice, de distinguer quelles sont celles qui ont été proposées comme fondement des prétentions respectives des parties, et de vérifier enfin si quelques-unes de celles invoquées, ou même une seule, n'absorbent pas et ne consument point, pour ainsi dire, toutes les autres qui y sont virtuellement comprises.

Le libellé de l'acte introductif d'instance, les conclusions prises par les parties, les qualités du jugement, ses motifs et surtout son dispositif, sont des documents essentiels qu'il importe de consulter. Il faut s'y référer constamment, afin de pouvoir déterminer avec précision la cause singulière ou les diverses causes sur lesquelles la demande ou l'exception proposées dans la première instance ont été basées. Mais ce n'est là, le plus souvent, qu'une simple question de fait et d'interprétation.

72. Quant au point de savoir si, malgré la diversité des demandes et de leur intérêt, il y a ou non identité entre la cause invoquée à l'appui de la première action, et celle qui est pro-

posée dans la dernière instance, il constitue une question de droit dont la solution n'est pas sans difficulté.

Dans plusieurs circonstances dont nous nous bornerons à indiquer quelques-unes, une seule et même cause donne naissance à deux actions qui, pour avoir une origine commune, n'en diffèrent pas moins entre elles par leur but spécial et leur intérêt particulier. Ainsi, en cas d'éviction d'une partie de la chose, l'acquéreur a le droit de faire résilier la vente ou de demander une indemnité (1636, 1637). Il peut encore, en cas de servitudes occultes grevant l'immeuble vendu, demander la résiliation du contrat; si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité (1638). Enfin, dans le cas des articles 1641 et 1643, c'est-à-dire lorsque la chose vendue est atteinte de vices cachés, il a le choix de provoquer la résiliation de la vente, ou de garder la chose, en se faisant rendre, à dire d'experts, une partie du prix (1644).

Dans ces divers cas, si l'acheteur a demandé une diminution du prix et qu'il ait échoué dans son action, l'autorité de la chose jugée est un obstacle à ce qu'il puisse demander, par une nouvelle instance, la résolution du contrat. Cette action en résolution se fonde, en effet, sur la même cause que celle en diminution de prix ou en indemnité. Son but et son intérêt ne sont sans doute pas les mêmes; mais, comme le principe de l'une et de l'autre est identique, cette différence dans les circonstances accessoires importe peu. C'est que l'identité de la cause tient à l'origine de l'action, à son principe générateur, *eamdem causam facit etiam origo petitionis* (1), et que le demandeur qui ne fait que changer les termes de son action, tout en renouvelant le même débat, est censé réclamer la même chose, quoique sa nouvelle action soit d'un genre différent; *cœterum cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eâdem re experiatur, etsi diverso genere actionis quam instituit, videtur de eâ re agere* (2).

(1) L. 11, § 4, *ff. De except. rei jud.*
(2) L. 5, *ff. ibid.*

Or, si l'on fait application de ce principe aux espèces que nous avons citées, on voit que dans la demande en diminution de prix ou en indemnité, comme dans la demande en résiliation du contrat, cette même question domine toujours le litige, et est également proposée au juge : Le vendeur est-il garant de l'éviction partielle, des servitudes non apparentes ni déclarées, enfin des vices cachés de la chose? Résoudre cette question sur l'une des demandes, c'est en même temps la résoudre sur l'autre. Il y a donc chose jugée (1).

Toutefois, si l'acquéreur avait, dans la première instance, commencé par agir en résolution de la vente pour cause d'éviction partielle ou de servitudes, il n'y aurait pas chose jugée quant à l'action qu'il intenterait plus tard en diminution de prix ou en indemnité, si sa demande en résolution avait été repoussée seulement parce que l'éviction n'est pas de telle conséquence qu'il n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, ni les servitudes de telle importance qu'il y ait lieu de présumer qu'il n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit (1636, 1638). Le débat n'est plus, en effet, le même dans la seconde action, où il n'y a à considérer que le fait de l'éviction ou de l'existence des servitudes.

Mais, dans le cas où il s'agit de vices cachés, comme l'action en résolution de la vente, *redhibitio, actio redhibitoria*, va de pair et concurremment avec l'action en diminution de prix, *quanti minoris*, il suffit qu'il ait succombé dans l'exercice de l'une ou de l'autre pour qu'il soit exclu de celle qu'il n'a pas nommément exercée. La chose jugée sur l'une des actions s'étend à l'autre. Ainsi, l'exercice de l'action en résolution absorbe et consume l'action en diminution de prix, et réciproquement ; car la seconde demande contient toujours en soi le principe générateur de l'action rédhibitoire, à savoir l'existence du vice

(1) L. 25, § 1, *ff. ibid.*—POTHIER, n° 50.—DURANTON, T. 13, n° 480. — PROUDHON, *Usufruit*, T. 3, n° 1276. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 789. — TOULLIER, T. 10, n°s 162 et 163. —MERLIN, Quest., v° *Option*, § 1, n°s 1 et 8.—TROPLONG, *Vente*, n° 581.

prétendu; *nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium... est* (1).

Mais il ne faudrait point considérer comme ayant épuisé son action rédhibitoire, le premier acquéreur qui, poursuivi en résolution par son sous-acquéreur, aurait appelé en cause son vendeur, pour être par lui garanti des condamnations à intervenir. De pareilles conclusions en garantie, prises pour la conservation et la défense de ses intérêts et droits, ne sauraient faire obstacle à ce qu'il formât lui-même contre son vendeur une demande en résolution, et celui-ci ne peut en inférer contre son action aucune fin de non recevoir. Il s'agit de causes et d'objets différents (2).

Il y a encore lieu à l'exception de chose jugée contre la demande en résolution d'une vente formée après le rejet d'une action en revendication. Car ces deux actions, quelque différence qu'il y ait d'ailleurs dans les conditions de leur exercice, ont également, l'une et l'autre, le même objet et la même cause, le non payement du prix (3). Cependant, si l'action en revendication n'avait été rejetée que parce que le demandeur n'était pas dans les conditions spéciales exigées par la loi pour autoriser son exercice, le jugement ne ferait pas obstacle à l'action en résolution, sur les causes de laquelle rien n'est alors statué.

73. Du principe, que pour apprécier l'identité de la cause il faut toujours se reporter à l'origine de la demande, abstraction faite de la diversité des actions qui en découlent, il suit que, après avoir vainement revendiqué contre vous une partie d'un fonds, je ne puis intenter une action en partage de ce même fonds (4);

Que, après avoir échoué dans une demande en pétition d'hérédité, je ne puis former une nouvelle action en partage de la même succession;

(1) L. 25, § 1, *ff. ibid.*
(2) Cass., 21 janv. 1856. SIREY, 56, 1, 665.
(3) Cass., 19 avril 1836. SIREY, 37, 1, 42.
(4) L. 8, *ff. ibid.*

Que, après avoir revendiqué particulièrement, comme héritier, certaines choses dépendant d'une succession, je ne puis réclamer ces mêmes choses par l'action générale en pétition d'hérédité ; ni, après avoir succombé dans l'exercice de cette dernière action, demander, comme héritier, particulièrement certaines choses faisant partie de la même succession (1).

Toutes ces actions, quelque diversité qu'il y ait d'ailleurs dans leur compréhension, leur but et leur intérêt, découlent, en effet, du même principe générateur, et reposent sur une cause identique. En général, dit Ulpien (2), et suivant la définition de Julien, il y a lieu à l'exception de chose jugée toutes les fois que, entre les mêmes personnes, la même question est reproduite en justice, quoique ce soit par une espèce différente d'action ; *et generaliter (ut Julianus definit) exceptio rei judicatæ obstat, quotiens inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel alio genere judicii.*

74. Ce n'est pas dans un autre sens que l'on doit entendre ici la maxime : *Electâ unâ viâ non datur recursus ad alteram*, après avoir choisi l'une des voies ouvertes, il n'est plus permis de revenir à l'autre (3). Elle signifie seulement que, lorsque deux actions, également principales, dont aucune n'est subsidiaire à l'autre, dérivent, à l'égard du même objet, simultanément et concurremment de la même cause, bien qu'elles aient un but et un intérêt différents, l'exercice de l'une emporte la suppression de l'autre ; *alterâ actione alteram tolli Proculus ait* (4). La diversité d'actions est en effet indifférente, et il suffit, comme condition de la chose jugée, qu'il y ait non pas identité d'actions, mais identité de cause (5).

La partie qui a commencé par intenter l'une de ces actions,

(1) L. 3, l. 7, § 4, *ff. ibid.* — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 789.

(2) L. 7, § 4, *ff. ibid.*

(3) Voy. MERLIN, Quest., v° *Option*, § 1. — TOULLIER, T. 10, nos 170 et suiv. — Cass., 10 juill. 1854. SIREY, 54, 1, 419. — 18 nov. 1854. SIREY, 54, 1, 814.

(4) L. 38, § 1, *ff. Pro socio.*

(5) MERLIN, Quest., v° *Option*, § 1, nos 1, 8.

soit qu'elle ait succombé ou triomphé dans sa demande, n'est donc plus admise à proposer l'autre action dans une seconde instance, parce qu'elle a été épuisée, consumée par la première, et que, si elle était accueillie, elle ferait double emploi avec celle-ci, ou violerait l'autorité de la chose jugée.

Mais, lorsque les actions concourant pour le même objet dérivent de causes différentes, l'exercice de l'une n'absorbe pas, n'épuise pas l'autre. Dès lors, le jugement qui a rejeté la première demande fondée sur l'une de ces causes, n'acquiert point l'autorité de la chose jugée, relativement à l'autre action qui est plus tard intentée sur le fondement d'une cause différente. C'est le cas d'appliquer cette règle de droit : *Nunquam actiones... de eâdem re concurrentes, alia aliam consumit* (1).

75. Bien loin que l'exercice de l'une fasse présumer de la part du demandeur aucune renonciation à l'exercice des autres, il est, au contraire, censé se réserver toutes les actions fondées sur des causes différentes et ayant le même objet, qu'il n'a pas expressément déduites en justice comme étant le fondement immédiat de ses prétentions.

Je revendique contre vous la propriété d'une chose que je dis m'avoir été vendue par votre auteur. Après avoir échoué dans ma demande fondée sur cette cause, je pourrai la renouveler en la fondant sur ce que votre auteur m'a légué cette même chose. C'est là une action basée sur une cause différente, et sur laquelle il n'y a rien de jugé.

De même, après vous avoir vainement demandé la remise d'un immeuble que je prétends vous avoir affermé, je pourrai le revendiquer en fondant mon droit de propriété sur une autre cause, par exemple, sur une vente, un legs ou tout autre acte de disposition en ma faveur.

Ainsi encore, le jugement rendu sur le mode de payement des intérêts d'une portion de créance, n'a pas l'autorité de la chose jugée, quant au mode de payement des intérêts et du

(1) L. 130, *ff. De reg. jur.*

capital d'une autre portion de la même créance, lorsque dans la dernière instance, bien que relative à l'exécution du même acte, la demande est fondée sur une clause particulière, constitutive d'une cause différente, et de l'exécution de laquelle il s'agit spécialement. Il n'y a même, dans ce cas, ni identité de cause, ni identité d'objet (1).

76. Non seulement j'ai le droit, après avoir échoné dans ma première action, d'en intenter une autre relativement au même objet, en la fondant sur une autre cause préexistante à la première instance, mais encore je puis, dans le cas même où j'ai triomphé, demander, par une nouvelle action fondée sur une cause différente, tout ce qu'elle comporte en ma faveur de plus que ma première demande.

Le jugement qui m'aura déclaré propriétaire de telle chose, ou créancier de telle somme, ne s'opposera donc pas à ce que je réclame, par une dernière action fondée sur une autre cause, certains objets comme étant une dépendance, des accessoires de la chose dont je suis reconnu propriétaire, ou bien des intérêts, ou des garanties telles qu'une hypothèque, un cautionnement, un engagement solidaire, toutes choses enfin qui viennent en augmentation et amélioration de mes droits.

77. Il y a un cas, dit M. Toullier (2), où, dans le concours de plusieurs actions fondées sur des causes différentes, appartenant à la même personne, pour la même chose, elle ne peut former la seconde action après avoir échoué dans la première ; c'est, ajoute-t-il, lorsque ces actions, séparées dans leur origine, et appartenant à des personnes différentes, ont été, par l'adition d'hérédité, identifiées et confondues dans la personne de l'une d'elles devenue héritière de l'autre.

Et voici l'exemple qu'il cite : Je vends successivement à Primus et à Secundus le fonds Cornélien. Chacun d'eux a une

(1) Cass., 30 germinal an XI. MERLIN, Quest., v^is *Chose jugée*, § 5, et v° *Option*, § 1, n° 8.

(2) T. 10, n°s 169, 214.

action contre moi, pour m'obliger à le lui livrer. Mais, avant la demande en délivrance, Primus meurt, laissant pour héritier Secundus, qui accepte la succession purement et simplement. M. Toullier prétend que Secundus, sur qui les droits et actions tant actifs que passifs de Primus se sont confondus avec les siens, pour ne plus former, relativement à lui, qu'un seul et même patrimoine, ne peut plus intenter séparément l'action qu'il avait de son chef personnel, et celle qu'il avait du chef de Primus, pour se faire délivrer le fonds Cornélien. Ces deux actions confondues n'en forment plus qu'une seule, de telle sorte que, si elle était rejetée par un premier jugement, il ne pourrait plus en former une seconde, sans être repoussé par l'exception de chose jugée.

Il y a là une préoccupation que nous devons dissiper. Il est d'abord bien évident qu'il ne s'agit point de la confusion extinctive dont s'occupe l'article 1300, mais seulement de la réunion sur la même tête de droits et d'actions qui, loin de s'entredétruire, existent cumulativement. Ils sont confondus par l'adition d'hérédité, en ce sens qu'ils entrent dans le patrimoine d'une seule et même personne, mais non point en ce sens qu'ils ne forment plus désormais qu'un droit et une action nécessairement uniques. Il n'est pas nouveau, dit Ulpien (1), que deux obligations ayant pour objet la même chose, concourent dans la même personne. Ainsi, lorsque celui qui déjà, de son chef, avait un vendeur pour obligé, devient héritier d'une autre personne qui avait pour obligé le même vendeur, il est constant, ajoute-t-il, que deux actions existent concurremment dans la même personne, l'action propre et l'action héréditaire.

Arrêtons-nous là et demandons-nous comment ces deux actions pourraient, par suite de l'adition pure et simple de l'hérédité, se fondre et s'absorber en une seule, avec les conséquences que M. Toullier en déduit. Sans doute, l'acquéreur peut poursuivre le vendeur en exécution de ses obligations, en formant contre lui son action d'une manière générale, sans

(1) L. 10, *ff. De act. empt.*

indiquer aucune cause spéciale, et en se bornant à réclamer la propriété de la chose comme acquéreur, sans préciser de quel chef, c'est-à-dire comme propriétaire. Dans ce cas, comme son action est donnée en termes généraux, et qu'elle est, en conséquence, fondée sur toutes les causes généralement quelconques qui peuvent établir son droit prétendu de propriété, il est clair que le jugement qui la rejette fait obstacle à ce qu'il en intente une nouvelle, bien qu'il la fonde sur une cause particulière, puisque cette cause a été elle-même déjà déduite en justice, cumulativement et indistinctement avec d'autres. C'est ce que nous avons expliqué plus haut (1).

Mais, au contraire, s'il a intenté son action en en spécifiant la cause particulière, en déclarant agir en vertu de son droit propre, ou bien en vertu de son droit héréditaire seulement, alors le jugement qui l'a rejetée n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'autre. Revenons, en effet, à la loi romaine que nous venons de citer. Ulpien ajoute : il est constant que l'héritier institué doit, s'il veut jouir séparément du bénéfice des deux actions, *si velit separatim duarum actionum commodo uti*, avant l'adition de l'hérédité, poursuivre le vendeur de son propre chef, et ensuite, après l'adition de l'hérédité, du chef de cette hérédité. S'il a commencé par faire adition d'hérédité, il peut, il est vrai, intenter une action unique, mais de façon, cependant, à avoir les avantages des deux contrats; *quod si priùs adierit hæreditatem, unam quidem actionem movere potest, sed ita ut per eam utriusque contractûs sentiat commodum.* Réciproquement aussi, si un vendeur est héritier d'un autre vendeur de la même chose, il est évident qu'il est garant de deux évictions; *ex contrario quoque, si venditor venditori hæres extiterit, palàm est duas evictiones eum præstare debere.* Cette assimilation, par réciprocité, de la situation du vendeur à celle de l'acquéreur, prouve bien que, dans la pensée du jurisconsulte romain, celui-ci cumule en sa personne les deux actions, comme l'autre cumule en la sienne les deux obliga-

(1) *Suprà*, n° 66.

tions. Cette confusion qui s'opère en la personne d'un acquéreur devenu héritier pur et simple d'un autre acquéreur de la même chose, n'a donc d'autre effet que de réunir sur sa tête deux actions qui, entre ses mains, ne forment qu'une action unique et se fondent en une seule, *in unam conflatæ*, suivant l'expression de Pothier (1).

Aussi, l'héritier peut-il ne donner qu'une seule action où sont cumulés les avantages des deux, en la formant, soit d'une manière générale, sans indication d'aucune cause particulière, soit avec l'indication précise des deux causes fondues ensemble plutôt que confondues. Mais comme rien ne l'oblige, sous peine de déchéance, à déduire en justice, concurremment et cumulativement, toutes les causes et tous les titres d'actions qu'il peut avoir, il a la faculté de proposer seulement celle des causes et celui des titres qu'il lui convient de faire valoir spécialement. Les autres causes et titres de demande sont alors réservés de plein droit, et il peut ensuite, après avoir échoué dans une action fondée sur une cause déterminée, former une nouvelle action, en l'appuyant sur un titre qui n'a été l'objet d'aucun débat entre les parties, ni d'aucune appréciation de la part du juge. De ce que le titre spécial dont il s'est prévalu a été repoussé, il ne s'ensuit nullement que ses autres titres aient été, par cela même, déclarés nuls ou inefficaces.

Tels sont même les effets de ce cumul dans la même personne de droits et d'actions fondés sur des titres différents, qu'elle peut, même après avoir triomphé dans une première instance, poursuivre par une action nouvelle le bénéfice du droit qu'elle fonde sur une autre cause. Autrement, elle n'aurait pas les avantages des deux contrats, *utriusque contractûs commodum*. Ainsi, elle pourra, après avoir obtenu, en vertu de la première cause, l'exécution du contrat de vente, agir, en vertu de la seconde, en restitution du prix, avec dommages et intérêts, s'il y a lieu.

Nous disons donc que, en règle générale, l'héritier même

(1) *Pandectes*, liv. 46, tit. 3, n° 126.

pur et simple confond et cumule en sa personne les droits de son auteur avec ses droits propres, pour les faire valoir dans une seule action généralement et indistinctement, ou séparément dans autant d'actions successives qu'il y a de causes et de titres différents à invoquer. Réciproquement, l'héritier pur et simple confond et cumule avec ses obligations propres les obligations héréditaires, de telle sorte qu'il est tenu de répondre, soit à une seule action qui les embrasse toutes, soit à autant d'actions successives et séparées qu'il réunit sur sa tête d'obligations distinctes

78. La diversité des causes de demandes correspond toujours à la diversité des faits juridiques sur lesquels elles se fondent. Mais si elle est aisément appréciable lorsque ces faits se distinguent par la différence des actes qui les constituent, et surtout par celle des dates auxquelles se reporte leur origine, il n'est pas aussi facile de la démêler, lorsque les diverses causes qui existent concurremment se rattachent à un seul et même acte, et ne se diversifient entre elles que par les différences théoriques de leurs éléments particuliers. Il importe surtout de présenter quelques explications sur ce point.

L'annulation, la résolution ou révocation d'un contrat ou d'une disposition peuvent être demandées à plusieurs titres, et il n'y a point identité de cause entre les demandes successivement formées par voie d'action principale ou d'exception, entre les mêmes parties, pour le même objet, en annulation d'actes quelconques, soit pour vices de consentement, de capacité, de cause ou d'objet, pour vices et irrégularité de forme, pour faux, pour dénégation ou méconnaissance d'écriture ou de signature; soit en rescision pour lésion; soit en résolution de contrats synallagmatiques pour inexécution des engagements; soit en révocation de donation pour survenance d'enfants, ingratitude, inexécution des charges et conditions; soit en annulation pour contravention formelle aux prohibitions de la loi, comme dans les cas prévus par l'article 472, au sujet de tout traité intervenu entre le tuteur et son pupille, et l'ar-

ticle 1554 concernant l'inaliénabilité des biens dotaux; soit en nullité des dispositions gratuites pour incapacité de recevoir de la part des personnes gratifiées; soit en révocation ou réduction des libéralités excessives faites au préjudice des héritiers à réserve; soit enfin en annulation de tous actes et contrats pour fraude, simulation ou déguisement.

Ce sont autant de demandes fondées sur des causes différentes, et, bien qu'elles tendent au même but, l'exercice de l'une n'épuise pas l'autre. Si la partie qui est en mesure de les faire valoir ne les a pas déduites cumulativement en justice, lors de la première instance, elle peut former une nouvelle action ou exception en vertu de chacune de ces causes particulières, et les proposer toutes, jusqu'à épuisement de leur série, sans qu'on puisse lui opposer, comme emportant exception de chose jugée, les jugements qui ont statué sur ses premières actions ou exceptions.

79. La pratique et la jurisprudence en offrent de nombreux exemples. Nous nous bornerons à en citer quelques-uns.

Je forme une action en pétition d'hérédité. On m'oppose un testament que je repousse en soutenant qu'il est faux. Je succombe sur cette exception de nullité. Je pourrai encore agir en me fondant sur ce que le testament est nul pour quelque vice de forme, et une troisième fois, enfin, en prétendant que le testateur n'était pas sain d'esprit (1).

Après avoir vainement attaqué de nullité un acte que je soutiens être irrégulier dans sa forme, je puis encore en demander la nullité pour cause d'incapacité personnelle (2). Autre chose, en effet, la nullité qui se fonde sur l'absence de quelque condition essentielle à la validité de l'acte instrumentaire; autre chose celle qui se base sur le défaut de quelque condition nécessaire à la validité intrinsèque de la convention ou de la disposition.

Le jugement qui rejette une action en nullité n'élève aucune

(1) MERLIN, Quest., v° *Option*, § 1, n° 2.
(2) TOULLIER, T. 10, n° 167. — Cass., 8 mai 1839. SIREY, 39, 1, 729.

fin de non recevoir contre une action ultérieure en rescision pour cause de lésion, en résiliation ou résolution pour inexécution des engagements, ni contre l'action rédhibitoire ou en diminution de prix pour vices cachés (1); ni réciproquement, à moins qu'en exerçant d'abord l'action en rescision ou en résolution, la partie n'ait couvert expressément ou tacitement les vices sur lesquels elle prétend fonder sa nouvelle action en nullité.

Le jugement qui repousse une demande en nullité fondée sur ce que la convention est contraire aux prohibitions de la loi, ne produit pas non plus l'exception de chose jugée à l'égard d'une nouvelle action fondée sur ce qu'elle est simulée (2).

Il en est ainsi du jugement qui a repoussé une demande en rescision de partage pour cause de lésion, à l'égard de la demande en nullité dirigée plus tard contre le même acte de partage, et fondée sur ce qu'il contient aliénation de biens dotaux (3).

Ainsi encore du jugement qui a rejeté la demande d'un créancier hypothécaire, tendant à l'annulation d'une vente pour cause de vileté de prix et de fraude, à l'égard de l'action qui est plus tard intentée par le même créancier, afin de faire comprendre dans la distribution une partie du prix qu'il prétend avoir été dissimulée (4).

Il n'y a même, en pareil cas, ni identité d'objet, ni identité de cause. Car la première action avait pour objet l'annulation de la vente, et pour cause la fraude dont l'acte était argué, tandis que, dans la seconde instance, la demande a pour objet le rapport d'une partie du prix, et pour cause une dissimulation frauduleuse, ce qui suppose la validité et le maintien du contrat. Enfin, le demandeur agissait, dans la première ins-

(1) Toullier, t. 10, n° 168. — Zachariæ, t. 5, pag. 787.
(2) Zachariæ, t. 5, *ibid.*—Toullier, t. 10, n° 164. — Cass., 27 août 1817. Sirey, 17, 1, 386.
(3) Cass., 15 juin 1837. Sirey, 38, 1, 477.
(4) Cass., 29 avril 1839. Sirey, 39, 1, 435.

tance, comme exerçant un droit personnel, conformément à l'article 1167, tandis que, dans la seconde, il pouvait du moins agir comme exerçant les droits de son débiteur, suivant l'article 1166, si la partie de prix dissimulée n'avait pas été encore versée entre ses mains. Il pouvait ainsi y avoir défaut d'identité juridique entre les parties, sous le rapport de la qualité en laquelle procédait le demandeur.

80. Lorsque plusieurs actions ou exceptions fondées sur des causes différentes, et ayant la même chose pour objet, sont intentées ou proposées comme appartenant concurremment à la même personne, procédant en la même qualité, il importe de distinguer avec soin ce qui ne forme qu'un moyen nouveau de ce qui constitue, au contraire, une cause réellement différente.

Ainsi, la caution condamnée à payer la dette dont elle a garanti le payement, peut encore opposer, sans contrevenir à l'autorité de la chose jugée, l'exception *cedendarum actionum*, résultant de ce que la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en sa faveur (2037), pourvu que cette exception n'ait pas été proposée déjà dans la première instance (1).

Il n'y a pas non plus identité de cause entre les demandes en résolution du même acte de vente qui sont fondées, l'une sur ce que le vendeur est en retard de livrer la chose vendue, et l'autre sur ce qu'il est dans l'impossibilité d'en faire livraison (2); ni entre les demandes en nullité de la même convention, qui sont basées, l'une sur un vice de consentement, l'autre sur un vice de capacité, la troisième sur un vice d'objet, et la dernière enfin sur un vice de cause (3).

Ainsi, après avoir demandé la nullité d'une vente comme

(1) Cass., 29 mai 1838. Sirey, 38, 1, 550.—20 mars 1843. Sirey, 43, 1, 455.

(2) Zachariæ, t. 5, pag. 787. — Cass., 20 nov. 1834. Sirey, 35, 1, 816.

(3) Zachariæ, *ibid.* — Toullier, t. 10, n° 166.

contenant une libéralité déguisée au profit d'un établissement religieux non autorisé, incapable d'acquérir à titre gratuit, je puis poursuivre la nullité de la même vente, en la fondant sur ce que ledit établissement est incapable d'acquérir même à titre onéreux (1).

Chacun de ces vices constitue, en effet, une cause particulière de nullité qui ne saurait être confondue avec aucune autre. Il y a donc lieu à autant d'actions et d'exceptions de nullité qu'il y a de causes différentes, à moins qu'en exerçant ou opposant les premières, le demandeur n'ait couvert expressément ou tacitement les vices sur lesquels il prétend fonder ses dernières actions ou exceptions.

81. Mais chacune d'elles s'appuie en même temps sur des moyens particuliers, tendant à constituer l'existence même de la cause, ou à en établir la justification. Prenons pour exemple l'action en nullité fondée sur le défaut de consentement.

Le consentement peut être vicié d'erreur, de dol ou de violence. Chacun de ces vices particuliers doit-il être considéré comme une cause spéciale de nullité ; de telle sorte que le demandeur puisse successivement proposer chacun d'eux comme fondement d'une nouvelle action ou exception de nullité? Peut-il, après avoir vainement demandé la nullité pour cause d'erreur, la demander pour cause de dol, et enfin, en troisième lieu, pour cause de violence? Il ne le peut pas, parce qu'alors même qu'il spécifie dans le libellé de sa demande le vice spécial de consentement sur lequel il se fonde, il ne laisse pas de faire valoir d'une manière générale, et dans les termes absolus de la loi, l'absence d'un consentement valable. Telle est la cause immédiate et prochaine de son action, abstraction faite de l'articulation par laquelle il la restreint à un vice particulier et déterminé. La question proposée au juge se réduit à ceci : Y-a-t-il, oui ou non, un consentement valablement donné? La

(1) Cass., 15 déc. 1856. Sirey, 57, 1, 197.

non validité de ce consentement, et, conséquemment, celle de la convention, étant subordonnées à l'existence de certains vices déterminés par la loi, le juge est par cela même saisi de la connaissance de tous les faits qui peuvent constituer ces vices. Voilà la cause réelle de l'action, et chacun de ces vices, spécialement articulés ou non, n'est que le moyen d'établir l'existence de la cause qui les comprend tous indistinctement dans sa généralité. Or, comme l'autorité de la chose jugée est fondée sur l'identité de cause, et non sur l'identité de moyens, le jugement qui rejette l'action en nullité fondée sur un vice d'erreur, s'oppose à ce qu'elle soit renouvelée plus tard à raison d'un prétendu vice de dol ou de violence, qui n'est qu'un simple moyen propre à justifier la cause. S'il en était autrement, les procès auraient une durée indéfinie, contrairement à l'intention du législateur, et au préjudice des intérêts qu'il a placés sous la protection de la chose jugée (1).

82. Ce que nous disons des vices de consentement, nous l'appliquons aux vices de capacité. Le jugement qui aura rejeté une action en nullité fondée sur ce que le contractant était mineur, produira l'exception de chose jugée contre toute autre demande de même nature qui serait fondée sur l'état d'interdiction ou le défaut d'autorisation maritale.

83. Les mêmes principes s'appliquent encore, et à plus fort raison, aux demandes en nullité d'un acte fondé sur des vices de forme. Le jugement qui a repoussé une pareille demande a l'autorité de la chose jugée, par rapport aux autres demandes que la même partie intenterait plus tard, en les fondant sur une irrégularité de forme qu'elle n'a pas invoquée dans les instances précédentes. La cause de l'action consiste, en effet, dans l'irrégularité de la forme en général, et les vices qui constituent cette irrégularité, cause commune des diverses actions en nullité, ne sont que les moyens particuliers d'en justifier

(1) Toullier, t. 10, n° 165. — Zachariæ, t. 5, pag. 786. — Bonnier, n° 690. — Marcadé, art. 1351, n° 7.

l'existence. Ils se confondent tous dans le défaut de forme légale, quelle que soit l'irrégularité particulière qui en résulte lorsqu'on les considère isolément.

Ils peuvent être si nombreux et si divers que, si l'exception de chose jugée ne s'appliquait qu'à ceux qui ont été spécialement articulés et déduits en justice, la même demande de nullité pourrait être indéfiniment reproduite. L'intérêt public, en vue duquel a été établie l'autorité de la chose jugée, réclame contre cette prolongation illimitée des procès, et s'oppose à ce que chaque défaut de forme devienne la cause particulière d'autant d'actions distinctes et successives qu'il y a eu de formalités spéciales inobservées dans la rédaction de l'acte instrumentaire (1).

Le jugement qui rejette une action en nullité fondée sur ce que l'un des témoins instrumentaires était mineur, fait donc obstacle à ce que la même demande soit reproduite, sous le prétexte que l'autre témoin était étranger (2).

84. Mais une incrimination de faux incident, une dénégation ou méconnaissance d'écrits privés, ne doivent pas être assimilées à l'articulation d'un simple vice de forme. Le jugement qui déclare vraie et sincère la pièce arguée ne fait pas obstacle à ce que la nullité de l'acte soit ensuite demandée pour inobservation des formes prescrites pour sa validité. La cause des actions est alors essentiellement différente, la dernière supposant que l'acte n'est pas faux.

85. Nous avons dit qu'il n'est pas toujours facile de distinguer si telle question proposée en justice constitue la cause ou l'objet même de la contestation. Cette difficulté se rencontre surtout dans les questions d'état ou de qualité, soit qu'elles aient été présentées d'une manière principale ou incidente. Cette distinction est cependant fort importante, à raison des

(1) Toullier, t. 10, n° 166. — Zachariæ, *ibid.* — Bonnier, *ibid.*

(2) Colmar, 17 juill. 1816. Sirey, 17, 2, 409. — Cass., 3 fév. 1818. Sirey, 19, 1, 160.

conséquences qui en découlent. Aussi, devons-nous expliquer avec quelques développements les principes sur lesquels elle repose.

Par elles-mêmes, les questions d'état ou de qualité, alors qu'il s'agit de régler entre les parties un ensemble de rapports qui en sont le résultat immédiat et nécessaire, sont de nature, de quelque manière qu'elles soient proposées en justice, principalement ou incidemment, par voie d'action ou d'exception, à constituer l'objet réel d'une contestation, indépendamment de tout intérêt spécial et actuellement déterminé, en vue duquel une réclamation serait soulevée. Je réclame l'état, la qualité d'époux, de fils, de père légitime, naturel ou adoptif. Cette réclamation a pour objet l'état, la qualité même qui en fait le sujet, abstraction faite de toute contestation particulière à l'occasion de laquelle elle aurait été présentée. Ainsi, je vous demande des aliments comme père, fils ou époux. Vous contestez cette qualité, cet état. De simple cause qu'ils étaient par rapport à la demande d'aliments, ils deviennent l'objet d'une contestation incidente qui doit être résolue pour elle-même, comme si elle était principale; et sa solution ne fera qu'entraîner par voie de conséquence la décision du litige particulier qui en a été l'occasion, comme rentrant dans l'ensemble des rapports juridiques dont cet état et cette qualité sont le principe générateur. Dans les termes où ils sont réclamés, ils constituent, en effet, un droit général, existant par lui-même, indépendamment de l'application particulière dont il est susceptible, et des bénéfices qu'il peut produire sous le rapport de son émolument. Lorsque l'existence de ce droit a été reconnue en justice, comme il l'a été, non à titre de simple cause, mais bien à titre d'objet même de la demande, il ne peut plus être désormais contesté; et la partie en faveur de laquelle il a été déclaré est admise à le faire valoir, avec toute l'autorité qui s'attache à la chose jugée, dans ses diverses conséquences et ses différents modes d'application (1).

(1) ZACHARIÆ, t. 5, pag. 800, n[te] 107.

86. Il en est de même de la qualité d'héritier, d'associé, d'époux commun en biens, pourvu toutefois qu'elle se débatte entre personnes qu'elle lie par un ensemble de rapports juridiques. Indépendamment de toute autre réclamation spéciale, je demande contre vous à être reconnu héritier, associé, époux commun, et cela concurremment avec vous. La qualité qui se débat entre nous forme l'objet d'une demande principale; qui doit être décidée en elle-même; et, comme le règlement de nos rapports à ce titre lui est subordonné, il en résultera par voie de conséquence.

Il n'en est pas autrement, lorsque je réclame cette même qualité, incidemment et par forme d'exception, à l'occasion d'une réclamation particulière fondée sur le droit prétendu qui est contesté entre nous. Ainsi, vous avez reçu le payement d'une créance que je dis appartenir à l'hérédité, à la société, à la communauté; je demande que vous m'en fassiez compte pour une moitié, et vous contestez la qualité en laquelle je la réclame. Au point de vue du litige principal, elle est la cause de la demande; mais, au point de vue du débat incident, elle en est réellement l'objet, de telle sorte que le jugement qui en aura reconnu ou dénié l'existence aura l'autorité de la chose jugée, non seulement en ce qui concerne la chose particulière qui a fait le sujet de la demande originaire, mais encore en ce qui concerne toutes les demandes ultérieures qui seraient fondées sur la même qualité.

Il importe même peu, lorsque ces questions d'état et de qualité sont jugées incidemment à une autre réclamation, que le jugement contienne ou non, à cet égard, par forme de principe général, un chef de disposition formelle, soit pour déclarer, soit pour dénier l'état ou la qualité. Par cela même qu'il admet ou rejette la demande particulière, il les déclare ou les dénie d'une manière virtuelle et implicite, et la chose jugée, expliquée au besoin par les motifs de la décision, n'en a pas une moins grande portée.

87. Mais ces mêmes questions d'état et de qualité n'ont par

elles-mêmes de valeur et ne constituent un droit, relativement à certaines personnes, qu'en tant qu'elles se rattachent à quelque contestation principale, indépendamment de laquelle elles ne peuvent être l'objet d'aucune action ni exception. Le juge, en statuant sur leur existence, ne fait alors que les considérer comme constitutives de la cause de la demande, et décide uniquement le litige principal pour la solution duquel elles ont été proposées. Comme l'état et la qualité en contestation ne présentent alors d'autre intérêt juridique que celui du débat principal; et que, en dehors de cet intérêt particulier, ils ne constituent aucun ensemble de rapports qui en soient les conséquences immédiates et nécessaires entre les parties, le jugement qui en admet ou en rejette l'existence, n'a l'autorité de la chose jugée qu'à l'égard de la réclamation particulière qui a fait principalement l'objet de la décision. Le même état, la même qualité peuvent donc être contestés de nouveau entre les mêmes parties, bien qu'ils constituent une cause identique de demande, si le litige ultérieur a pour objet une chose différente.

Il est même indifférent, dans ce cas, que le jugement exprime formellement, par un chef particulier de son dispositif, le rejet ou l'admission de cet état ou qualité. Une pareille disposition, ne se référant jamais qu'à la cause de la demande, n'a d'effet que comme moyen de décision, quant à la réclamation actuellement soumise à la justice, et ne fait point obstacle à ce que, malgré l'identité de la cause, les parties engagent un nouveau débat pour un autre objet, ni à ce que les juges, saisis de cette nouvelle contestation, décident différemment la même question d'état ou de qualité (1).

C'est ce qui a lieu dans les hypothèses suivantes : Je demande par voie d'action ou d'exception le payement d'une dette, pour la part dont il est tenu en cette qualité, contre un tiers que je dis être héritier, associé ou époux commun en biens de telle autre personne.

(1) Zachariæ, *ibid.*

Un tiers se prétendant héritier de mon créancier me poursuit en payement.

Je demande pour entretien, nourriture et éducation d'un enfant mineur la somme de... à tel que je prétends être le père de cet enfant.

Je poursuis contre une femme l'exécution d'un engagement qu'elle prétend être nul à défaut de l'autorisation maritale.

Une femme me poursuit personnellement sans être assistée ni autorisée de celui que je dis être son mari.

Une femme ou un pupille demande à exercer son hypothèque légale sur les biens de son mari prétendu, ou de son père, tuteur légal.

Or, l'état et la qualité d'héritier, d'associé, d'époux commun en biens, de mari, de père, de femme mariée, sont l'objet d'une contestation entre mon adversaire et moi. Ils ne sont invoqués, dans les espèces dont il s'agit, que comme constituant la cause de la demande ou de l'exception, sans qu'ils puissent donner lieu à aucune action principale entre nous, abstraction faite de la réclamation particulière qui en fait seule tout l'intérêt juridique. Il n'en découle, par rapport à nous, aucun droit principal existant par lui-même, si on les considère isolément et indépendamment du sujet de notre contestation. Le jugement qui en déclarera ou en déniera l'existence, même par un chef formel de son dispositif, au lieu de l'énoncer seulement dans les motifs comme moyen de décider, n'aura donc l'autorité de la chose jugée que relativement à l'objet spécial de la demande, et n'élèvera aucune exception contre les demandes ultérieures qui pourront être formées entre nous, sur le fondement de la même cause. Il s'ensuit que, dans les instances nouvelles, ces mêmes questions d'état et de qualité pourront être appréciées et jugées d'une manière différente et en contradiction avec le premier jugement.

88. Il en est ainsi, et à plus forte raison, de certaines qualités étrangères à l'état civil des personnes, lesquelles ne sauraient, en aucun cas, recevoir de solution pour elles-mêmes, et

ne sont, au contraire, appréciées et jugées qu'en considération de faits particuliers et pour la décision d'un débat principal. Par exemple, le jugement qui a reconnu dans la personne du débiteur la qualité de commerçant pour le condamner par corps, n'a pas l'autorité de la chose jugée quant à l'existence de cette qualité, lorsqu'il s'agit plus tard de le faire déclarer en faillite sur la poursuite du même créancier. Les juges peuvent, dans cette seconde instance, qui a d'ailleurs un objet différent, décider, sans violer la chose jugée, que le défendeur n'est pas commerçant (1).

89. Nous disons donc, pour nous résumer, qu'il faut faire une distinction entre les questions d'état et de qualité; les unes constituent par elles-mêmes des droits, un ensemble de rapports juridiques, soit activement ou passivement, et peuvent, par suite, être l'objet d'une demande par voie d'action ou d'exception, soit que le débat porte sur leur réclamation ou contestation, indépendamment de tout autre objet particulier ou de tout autre intérêt déterminé. L'état et la qualité sont alors l'objet même de la demande, et le jugement qui statue à leur égard, pour les reconnaître ou les dénier, a l'autorité de la chose jugée quant aux nouveaux litiges qui tendraient plus tard à remettre en question, entre les mêmes parties, cet état ou cette qualité.

Les autres, au contraire, ne constituent, relativement aux parties entre lesquelles elles se débattent, qu'une simple cause de demande ou d'exception, et elles ne peuvent être détachées, pour former l'objet d'un débat général, de la réclamation particulière qui fait le sujet principal de la demande. Le jugement qui statue sur l'existence de cet état ou de cette qualité n'a donc qu'une autorité limitée et circonscrite dans les termes du litige.

90. La troisième et dernière condition que l'article 1351 exige pour qu'il y ait lieu à l'exception de chose jugée, c'est

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 784. — Cass., 4 mai 1842. SIREY, 42, 1, 546.

que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. Il faut, en un mot, qu'il y ait identité de parties, et cette identité comprend l'identité des personnes et des qualités.

La nécessité de cette condition tient à l'essence même de la justice. Car le moins qu'on exige pour qu'une partie puisse être légitimement condamnée, c'est qu'elle soit appelée en cause et mise à même de débattre et de discuter soit l'existence ou l'étendue du droit qu'on lui conteste.

91. De là, cette maxime, que la chose jugée, pas plus que les conventions, ne profite ni ne nuit aux tiers; *res inter alios judicatæ neque emolumentum afferre his qui judicio non interfuerunt, neque præjudicium solent irrogare* (1).

92. Le Code de procédure ouvre alors, en faveur du tiers, un recours extraordinaire contre le jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel ni lui, ni ceux qu'il représente ou par lesquels il est représenté, n'ont été appelés. Il peut y former tierce opposition (474, C. pr.). Mais nous avons vu (2) que, en général, et à part certains cas particuliers, il n'est pas tenu de prendre cette voie extraordinaire, et qu'il lui suffit de répondre à la partie qui se prévaut contre lui du jugement rendu, qu'il est un tiers aux droits duquel la chose jugée ne saurait préjudicier.

93. La tierce opposition accueillie n'a pas pour résultat la rétractation dans son entier du premier jugement. Il n'est rétracté que dans la mesure nécessaire pour donner satisfaction à l'intérêt légitime et aux droits personnels de l'opposant. Car cet intérêt et ces droits sont le fondement de son action, comme leur reconnaissance en est le but unique.

Il n'y a exception à ce principe que dans le cas où il y a impossibilité d'exécuter en même temps les deux décisions. Alors,

(1) L. 2, C. *Quib. res jud. non nocet.* — L. 63, *ff. De re jud.* — L. 1, *ff. De except. rei jud.*
(2) 1165, n° 28.

le droit de l'opposant l'emporte; et si le second jugement est seul exécuté, c'est moins à cause de la rétractation totale et absolue du premier que de l'indivisibilité de son objet, et de l'impossibilité de l'exécuter en même temps que le second, à l'égard d'une autre partie (1).

94. Toute la difficulté consiste à savoir en quels cas une personne est censée avoir été représentée dans une instance, quoiqu'elle n'y ait pas été personnellement partie. Si la solution de cette question est facile sur certains points, sur d'autres elle est plus délicate.

Il n'y a point d'abord de difficulté à admettre la représentation en justice du mandant par le mandataire; du mineur ou de l'interdit par le tuteur, même au cas où ce dernier a un intérêt contraire, sauf requête civile (2); de la femme par le mari, comme administrateur de ses biens personnels; et quant aux personnes morales, de l'État, d'un département, d'une commune, d'une fabrique ou d'un établissement public quelconque, par ses administrateurs ou représentants légaux; d'une faillite par les syndics; d'une société de commerce par ses administrateurs ou gérants; enfin, de toute partie quelconque par ceux qui ont qualité pour actionner ou défendre en son nom (3).

Les jugements rendus avec le représentant agissant en cette qualité et dans les limites de ses pouvoirs, soit qu'ils aient été rendus contre lui ou pour lui, peuvent être opposés au représenté ou opposés par lui. Ils lui préjudicient ou lui profitent, attendu qu'il est réputé avoir été partie dans l'instance par son représentant légitime, lequel a eu, à ce titre, qualité pour intenter l'action ou y défendre, soit que cette action ait eu pour objet des droits faisant partie du patrimoine du représenté, soit des actes d'administration ou de disposition et des enga-

(1) MERLIN, Quest., v° *Opposition (tierce)*, § 3. — Cass., 15 pluviôse an IX. MERLIN, *ibid.*

(2) Cass., 19 juin 1844. SIREY, 44, 1, 547.

(3) L. 4, l. 11, § 7, *ff. De except. rei jud.*

gements quelconques, faits ou contractés par le représentant lui-même ou par tous autres auteurs ou représentants de la partie qui a été représentée en justice.

Réciproquement, le mandant représente le mandataire, lorsqu'il en défend les actes sous sa propre responsabilité, et que, sans se prévaloir d'aucun moyen personnel, il se borne à invoquer les moyens de défense du mandataire au soutien des actes qui constituent l'exécution du mandat. Lors donc qu'il est intervenu un jugement qui a condamné (1) ou acquitté le mandant, sur la poursuite d'un tiers, il y a chose jugée à l'égard du mandataire, de telle sorte que le tiers ne peut désormais, en se fondant sur la même cause, poursuivre contre lui une seconde condamnation qui ferait double emploi avec la première, ou serait en opposition avec le précédent jugement de relaxance.

95. Mais remarquons que, s'agissant d'un corps moral, d'une commune, par exemple, les membres qui en font partie ne sont point individuellement représentés par ce corps moral, quant aux droits propres et privés qui leur appartiennent et ne dépendent point de la communauté. Le jugement rendu avec cette dernière, légalement représentée, ne leur est donc pas opposable en ce qui concerne leurs droits particuliers ; et ils peuvent au besoin, pour les faire valoir, y former tierce opposition. Ainsi, le propriétaire sur le terrain duquel un droit de pacage a été attribué à une commune, dans une instance poursuivie contre la commune dont il est membre, est recevable à former tierce opposition au jugement qui préjudicie à ses droits individuels de propriété (2).

D'un autre côté, on ne doit point assimiler à un corps moral les simples compagnies ni communautés d'officiers ministériels. Les jugements et arrêts rendus contradictoirement avec elles, ou plutôt avec l'ensemble de leurs divers membres coalisés et faisant cause commune dans un intérêt commun, ne

(1) Cass., 23 avril 1855. Sirey, 57, 1, 285.
(2) Cass., 19 nov. 1838. Sirey, 38, 1, 1001.

sont pas opposables à ceux qui n'ont point personnellement figuré dans l'instance (1), soient qu'ils aient été alors investis de leurs fonctions ou qu'ils ne l'aient été que depuis.

96. C'est à la théorie d'un mandat exprès ou tacite, conventionnel, judiciaire ou légal, que nous rattachons ce que nous avons déjà dit de l'extension de la chose jugée entre créanciers solidaires (2), entre codébiteurs solidaires (3), entre caution et débiteur principal (4), entre codébiteur ou cocréancier d'une chose indivisible (5).

97. Nous rattachons encore au même principe de représentation la position de l'envoyé en possession provisoire ou définitive des biens d'un absent (6), du curateur à une succession vacante (7), de l'héritier apparent (8). Mais nous ne l'appliquons point d'une manière générale et absolue à tout possesseur apparent et propriétaire putatif. Les jugements rendus avec lui profitent bien au vrai propriétaire, mais ils ne lui nuisent point (9).

Il en est autrement des autres représentants que nous venons de signaler. Telle est en effet leur situation, qu'ils puisent dans leur qualité même le droit et le devoir, soit d'exercer toutes actions contre les tiers, soit de répondre à celles qui sont dirigées contre eux. Elle les présente aux tiers comme étant leurs seuls contradicteurs nécessaires et légitimes. Les jugements rendus en leur faveur ou contre eux ont donc l'autorité de la chose jugée, à l'égard de l'absent ou de ceux qui le représentent en définitive; à l'égard des héritiers ou autres

(1) Cass., 28 août 1838. SIREY, 38, 1, 808.
(2) 1198, n° 15.
(3) 1208, n°s 18 et suiv.
(4) 1208, n°s 12 et suiv.
(5) 1225, n°s 12 et suiv.
(6) ZACHARIÆ, T. 1. pag. 304, et T. 5, pag. 772. — PROUDHON, *Usuf.*, n° 55.
(7) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 772, et T. 4, pag. 565.
(8) 1165, n° 25. — *Contrà*, MARCADÉ, art. 1351, n° 14.
(9) *Infrà*, n°s 101 et 102. — *Contrà*, TOULLIER, T. 7, n° 28.

successeurs qui viennent ensuite prendre possession de la succession vacante; à l'égard des véritables héritiers qui se présentent ultérieurement pour recueillir la succession des mains de l'héritier apparent.

98. Mais il faut que les jugements ne soient entachés d'aucune fraude ni collusion. Les tiers auxquels ils seraient opposés n'auraient alors qu'à les repousser, pour les faire tomber en ce qui les concerne, par la maxime que c'est *res inter alios acta vel judicata*. Tel est le cas où un curateur ayant été indûment nommé à une hérédité qui n'était pas vacante, les jugements qu'on oppose aux véritables héritiers ou autres successeurs, ont été rendus par suite d'une collusion et d'un concert frauduleux (1).

99. Quant aux jugements rendus avant l'ouverture de la substitution, contradictoirement avec le grevé et en sa faveur, ils profitent également à l'appelé. Mais, s'ils sont rendus contre le grevé, ils ne lui sont opposables, bien qu'il n'y ait eu aucune collusion frauduleuse, que dans le cas où le tuteur chargé de l'exécution de la disposition a été mis en cause, et où le ministère public a été entendu (2).

Le grevé a sans doute qualité, *per tractum temporis*, pour intenter toutes actions concernant les biens substitués et pour y répondre. Cependant, comme la loi nouvelle exige la nomination d'un tuteur chargé de veiller à la substitution, on ne peut dire que le grevé seul représente pleinement l'appelé. Il ne le représente, au contraire, dans les actes ou jugements qui tendent à compromettre ses intérêts, que moyennant l'intervention et l'assistance de ce tuteur qui, à vrai dire, est dans ce cas le véritable représentant de l'appelé (3).

Si le tuteur a été appelé dans l'instance, et que seulement le ministère public n'ait pas été entendu en ses conclusions, il y

(1) Cass., 17 nov. 1840. SIREY, 41, 1, 155.
(2) DURANTON, T. 9, n° 591. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 290 et 773.
(3) *Contrà*, TOULLIER, T. 5, n° 339.

aura lieu à requête civile de la part de l'appelé (480, n° 8, C. pr.) (1) ; tandis que si le tuteur n'a pas été partie dans la cause, il peut se pourvoir contre le jugement qui préjudicie à ses droits par la voie de la tierce-opposition (474, C. pr.) (2), ou, mieux encore, le faire tomber à son égard par la raison qu'il est *res inter alios judicata*, puisqu'il n'a pas été légalement représenté en justice.

100. S'agissant de la représentation en justice d'une personne par une autre, on a proposé, quant aux conséquences du mandat implicite sur lequel cette représentation est fondée, une distinction dont nous avons ailleurs indiqué l'insuffisance et l'inexactitude. Le jugement est-il rendu en faveur de la partie qui est réputée en représenter une autre, il profite à cette dernière, parce qu'elle est censée avoir donné mandat de la représenter pour rendre sa condition meilleure.

Le jugement est-il, au contraire, rendu contre le prétendu mandataire, celui qui l'a obtenu ne peut l'opposer à la partie qui n'a pas personnellement figuré dans l'instance, parce qu'elle est censée ne pas avoir donné mandat de la représenter pour rendre sa condition pire, et que, dès lors, elle doit être considérée comme tiers étranger par rapport à la décision intervenue.

Cette théorie est appliquée notamment aux rapports qui naissent du cautionnement, de la solidarité et de l'indivisibilité (3). Nous l'avons déjà repoussée en traitant de l'extension de la chose jugée entre débiteur principal et caution, entre créanciers ou débiteurs solidaires, entre créanciers ou débiteurs d'une chose indivisible. Cependant, nous croyons devoir y revenir ici avec quelques développements.

Nous ne voyons point d'abord sur quelles dispositions de la loi on pourrait fonder un semblable système ; et, si l'on expli-

(1) DURANTON, *ibid.*
(2) DURANTON, *ibid.*
(3) ZACHARIÆ, t. 5, pag. 773. — DURANTON, t. 13, n°s 510, 520 et 528. — MARCADÉ, art. 1351, n° 13.

que par une pensée de mandat implicite la représentation en justice de ces diverses personnes par celle d'entre elles qui a été partie dans l'instance, il faut bien nécessairement admettre, à moins d'une limitation des pouvoirs qu'elles sont censées respectivement se donner, qu'elles se représentent indistinctement, soit que le jugement ait été rendu en leur faveur ou à leur préjudice. Ainsi le veut la nature du mandat conféré, s'il n'est soumis à aucune restriction. Ainsi le veut encore la réciprocité ; car, il semble contraire à la justice et à l'équité que l'autorité de la chose jugée puisse être opposée à un adversaire qui a perdu son procès, et qu'il soit forclos du droit de s'en prévaloir lorsqu'il a obtenu gain de cause. La question revient donc à celle de savoir si, en effet, le mandat dont il s'agit d'apprécier l'étendue, est susceptible de quelque limitation et distinction.

Nous aussi nous entendons distinguer ; mais notre distinction s'applique, non point exclusivement aux conséquences avantageuses ou préjudiciables de l'exercice du mandat, mais bien aux actes mêmes par lesquels il se réalise et s'accomplit. S'agit-il d'actes qui dépendent de l'initiative, de la volonté et du pouvoir personnel du prétendu mandataire; nous disons que, dans ce cas, ses consorts, c'est-à-dire ses mandants, peuvent s'en prévaloir, lorsqu'ils rendent leur condition meilleure, tandis qu'on ne peut les leur opposer pour rendre leur condition pire. Ils sont alors considérés comme des tiers auxquels les actes accomplis doivent demeurer étrangers. C'est qu'il est dans la nature du mandat supposé par le cautionnement, la solidarité ou l'indivisibilité, de ne conférer à aucune partie, agissant seule et sans le concours des autres, le droit de faire aucun acte de disposition qui leur soit préjudiciable. Plusieurs dispositions du Code justifient ce principe (1198, 1224, 1365).

S'agit-il, au contraire, d'actes qui ne dépendent point de la volonté ni du pouvoir du prétendu mandataire; ils sont alors opposables à ses consorts, quelles qu'en soient d'ailleurs les conséquences à leur égard, avantageuses ou dommageables.

Du moment qu'ils ne peuvent lui imputer aucun fait personnel par lequel il ait compromis, diminué ou anéanti leurs droits, ils sont tenus, par suite du mandat en vertu duquel ils sont censés représentés, de subir toutes les conséquences des faits accomplis.

Or, tel est précisément le caractère de leur représentation en justice et des actes qui s'y consomment. Quand l'un d'eux, soit comme demandeur, soit comme défendeur, figure dans une instance, il ne fait jusque-là que défendre l'intérêt commun de tous, et reste dans les termes favorables de son mandat. S'il succombe, on ne peut dire que ce soit par son fait. C'est malgré lui qu'il perd son procès, et ses consorts ne peuvent s'en prendre qu'à la justice, qui a donné gain de cause à leur adversaire.

Quelle influence cette circonstance que le procès a été perdu, au lieu d'être gagné, peut-elle exercer sur la nature et l'étendue des pouvoirs en vertu desquels tous et chacun sont censés avoir été représentés en justice par un seul de leurs consorts? Évidemment aucune; car, pour prétendre que le mandat en reçoit quelque restriction et limitation dans ses conséquences immédiates et essentielles, il faudrait qu'il fût possible de conférer un mandat en ces termes : Je vous donne mandat de me représenter en justice, mais à la condition que vous obtiendrez gain de cause. Un pareil mandat serait absurde; car il impliquerait, de la part du mandant, une exigence à laquelle il n'est pas au pouvoir du mandataire de satisfaire. La condition opposée à son exercice l'anéantirait dans son principe même; et, en réalité, il n'y aurait pas de pouvoirs conférés du tout, puisque leur existence ou leur perfection ne pourrait se vérifier que par l'exercice même du mandat, et que la personne qui en serait investie devrait commencer par faire acte de mandataire, avant de savoir si elle l'est en effet.

Mais, dans le système que nous combattons, on ne saurait aller jusqu'à soutenir que la perte du procès fait réputer inexistant tout mandat réciproque entre les parties. Ce serait démentir le titre même en vertu duquel a agi la partie qui a été

admise à figurer seule dans l'instance. Si, dès le principe, elle a eu qualité pour exercer l'action commune ou y défendre, et c'est ce qu'on ne peut méconnaître, elle a donc conservé les pleins pouvoirs qui en résultaient, indépendamment du résultat final de la contestation.

Toutefois, si je ne puis donner mandat de me représenter en justice, à la condition de gagner le procès, je puis très bien donner un pareil mandat, à la condition que mon mandataire ne compromettra mes droits par aucun aveu, renonciation, déclaration, acquiescement et autres actes volontaires de sa part. Or, telle est la seule limitation qui existe dans le mandat particulier dont nous nous occupons. Quand donc nous disons que le cautionnement, la solidarité, l'indivisibilité reposent sur une pensée de mandat, nous y apportons cette restriction : c'est que le mandataire prétendu ne fera aucun acte tendant à compromettre les droits de ses consorts et à rendre leur condition pire. Il s'ensuit que, si le jugement rendu contre lui a été fondé sur quelque renonciation, aveu ou acquiescement émané de sa part, ses consorts seront recevables à y former tierce opposition, ou même à le repousser comme *res inter alios judicata*, puisqu'ils ne sont plus censés représentés par une partie qui a outrepassé ses pouvoirs. Mais, en l'absence de tout acte de cette nature, et surtout de toute fraude et collusion, la chose jugée avec l'un s'étend de droit aux autres, pour ou contre eux, ainsi que nous l'avons expliqué précédemment.

101. Ce n'est pas que, en dehors de toute espèce de mandat réellement existant, une personne ne soit réputée avoir été représentée en justice par une autre, alors du moins que le jugement a été rendu en faveur de cette dernière. Elle peut alors s'en prévaloir elle-même, comme si elle avait personnellement figuré dans l'instance. Mais son adversaire n'a pas réciproquement le droit de lui opposer le jugement, lorsqu'il a été rendu contre elle et à son préjudice.

C'est ce qui arrive lorsqu'une partie figurant en cause, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, y a été con-

sidérée par l'autre partie comme ayant qualité pour exercer l'action ou pour y défendre, y a été prise enfin comme seul et légitime contradicteur, bien que, en réalité, elle n'ait ni qualité parfaite ni pleins pouvoirs à l'effet de représenter ainsi celui ou ceux que le fond du débat intéresse exclusivement ou concurremment avec elle. Dans ce cas, si le jugement qui lui donne gain de cause peut être opposé par celui ou ceux qu'elle est censée avoir représentés en justice, ce n'est pas parce qu'elle a eu un droit quelconque de les y représenter effectivement, mais bien parce que son adversaire, en la choisissant ou en l'acceptant pour son légitime contradicteur, doit subir les conséquences du principe de représentation qu'il a lui-même posé.

D'autre part, s'il a obtenu gain de cause, les tiers qui n'ont pas été régulièrement représentés dans l'instance peuvent repousser le jugement comme *res inter alios judicata*, parce que, en effet, ils sont des tiers étrangers dont les droits n'ont pu être compromis malgré leur volonté et sans leur concours.

102. En voici quelques exemples.

L'usufruitier n'est certainement pas l'ayant-cause du nu propriétaire. Il est lui-même propriétaire d'un droit indépendant de la nue propriété. Le possesseur de cette nue propriété ne le représente donc point dans l'instance engagée sur la propriété avec un tiers qui réussit à faire reconnaître, sans qu'il soit appelé ni représenté en cause, ses droits en pleine propriété et jouissance sur la chose grevée d'usufruit (1). L'usufruitier ne représente pas davantage le nu propriétaire. Cependant, les jugements rendus en faveur du nu propriétaire ou de l'usufruitier, pris par leur adversaire comme ses légitimes contradicteurs, profitent à l'usufruitier ou au nu propriétaire (2).

Il en est de même des jugements qui, concernant une chose

(1) MERLIN, Quest., v° *Opposition (tierce)*, § 1, et Rép., *Eod.*, v°, § 2, art. 7.

(2) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 14, n[te] 21; T. 5, pag. 773. — PROUDHON, *Usufruit*, n[os] 37 et suiv., 1267 et suiv. — MARCADÉ, art. 1351, n° 13.

ou au droit divisible, ont été rendus en faveur d'un seul des cohéritiers, copropriétaires, codébiteurs ou cocréanciers simplement conjoints, lorsqu'il a été admis dans l'instance comme contradicteur légitime pour la totalité de la chose ou du droit. Ces jugements profitent à ses consorts.

Nous en disons autant des jugements rendus en faveur du fermier, locataire, créancier gagiste ou antichrésiste, sur le fond même du droit qui appartient au propriétaire, relativement aux choses données en louage ou en nantissement;

Des jugements rendus en faveur du mari, quant aux choses appartenant à sa femme, et au sujet desquelles il ne pouvait régulièrement agir sans son concours;

Des jugements rendus en faveur de tout possesseur de fait, ou propriétaire putatif, de bonne ou de mauvaise foi, qui ne tire du titre de sa possession aucune qualité ni mandat exprès ou tacite pour représenter en justice le vrai propriétaire;

Enfin, des jugements rendus en faveur de toutes personnes qui, agissant au nom et dans l'intérêt d'un tiers, ont été acceptées par leur adversaire comme légitimes contradicteurs, en qualité de tuteurs, administrateurs, gérants ou mandataires, quoique, en réalité, elles fussent destituées de toute qualité et pouvoirs réguliers pour représenter en justice les tiers que, néanmoins, elles ont été censées représenter.

Dans tous ces cas, le tiers est autorisé à se prévaloir des jugements qui lui profitent, tandis qu'on ne peut lui opposer le jugement qui lui nuit. Et ce défaut de réciprocité tient à ce que son adversaire n'a qu'à s'en prendre à lui-même d'avoir imprudemment choisi ou accepté pour contradicteur en justice une personne qui ne pouvait l'y représenter régulièrement, de même qu'en formant une convention dont la nullité est relative, il a à se reprocher d'avoir contracté avec un incapable.

103. Mais il est un autre mode de représentation d'une application fréquente en justice. On y est, en effet, représenté par son auteur, et cette représentation ne laisse pas de soulever

elle-même de graves difficultés; car elle se rattache à la théorie délicate des ayants-cause.

Les héritiers et les successeurs, universels ou à titre universel, étant censés représentés par leur auteur dans les jugements où il a été partie, ces jugements leur profitent ou leur nuisent, suivant qu'ils ont été rendus pour ou contre lui, sans préjudice toutefois des effets du bénéfice d'inventaire, s'ils ont accepté la succession en cette qualité (1).

104. Les légataires particuliers sont eux-mêmes représentés par leur auteur, et les jugements rendus pour ou contre lui, relativement aux choses qui font l'objet du legs, passent à leur égard en force de chose jugée.

S'ils ont été rendus après l'ouverture de la succession, contradictoirement avec les héritiers et contre eux, ils ne peuvent être opposés aux légataires non appelés en cause; car ils ne sont pas régulièrement représentés en justice par les héritiers ou autres successeurs universels. Il n'y a même point à distinguer, dans ce cas, si l'instance relative à la chose léguée était ou non déjà engagée avant l'ouverture de la succession.

Mais si les jugements rendus avec les héritiers ou autres successeurs universels, l'ont été en leur faveur, les légataires pourront s'en prévaloir, quoiqu'ils n'aient pas figuré dans l'instance.

105. Les autres successeurs à titre particulier et par actes entre vifs sont également, à titre d'ayants-cause, censés représentés par leur auteur dans les jugements rendus en sa faveur ou contre lui. L'exception de chose jugée est donc opposable à celui qui succède aux droits de la partie qui a figuré personnellement dans l'instance (2). Car on plaide pour soi, ses héritiers et ayants-cause, de même que l'on contracte.

Mais, pour que ces jugements acquièrent, par rapport à eux, l'autorité de la chose jugée, il faut qu'ils soient intervenus avant

(1) DURANTON, T. 13, n° 502. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 768.

(2) L. 28, l. 11, §§ 3, 9, *ff. De except. rei jud.*

que les tiers aient été légalement saisis des droits qu'ils tiennent de leur auteur (1). S'ils avaient été, au contraire, rendus avec ce dernier postérieurement à l'acte qui le dessaisit au profit de ses ayants-cause, ils n'acquerraient pas indistinctement, à leur égard, l'autorité de la chose jugée. Les ayants-cause seront sans doute admis à s'en prévaloir, lorsqu'ils auront été rendus en faveur de leur auteur, même après qu'ils ont été légalement saisis des droits qu'ils tiennent de lui, et dans un temps où il ne pouvait plus les représenter. Si, en effet, ces jugements ne leur profitaient pas, ils seraient sans efficacité pour leur auteur lui-même, puisqu'il pourrait, en cas de décision contraire ultérieurement rendue par rapport à eux, se trouver exposé à une action en recours ou en garantie de leur part.

Mais si les jugements ont été rendus contre lui, ils ne peuvent être alors opposés à ses ayants-cause; et cela quand bien même l'instance dans laquelle ils sont intervenus aurait été introduite, mais non jugée, antérieurement à l'acte qui constitue leur titre d'acquisition, et leur attribue la qualité d'ayant-cause (2). Ils cessent alors d'être représentés, sans qu'on puisse leur opposer le caractère déclaratif du jugement postérieurement rendu.

106. Il importerait même peu que l'instance, précédemment liée avec leur auteur, eût été mise en état au moment où il leur a transmis les droits au sujet desquels le jugement qu'on prétend leur opposer a été rendu. Les articles 342 et suivants, C. pr., sont ici inapplicables. Du moment, en effet, que les tiers ont été saisis des droits qui leur ont été conférés, s'ils sont les ayants-cause de leur auteur, et réputés à ce titre représentés

(1) Pothier, nos 54 et 55. — Toullier, t. 10, nº 199.

(2) Merlin, Quest., vis *Chose jugée*, § 2, nº 2. — Cass., 8 mai 1810. Sirey, 10, 1, 265. — 19 août 1818. Sirey, 19, 1, 24. — 25 mars 1828. Sirey, 28, 1, 302. — 26 mars 1838. Sirey, 38, 1, 757. — *Contrà*, Zachariæ, t. 5, pag. 768. — Duranton, t. 13. nº 506. — Marcadé, art 1351, nº 11.

par lui dans tous les actes antérieurement consommés, ils doivent, au contraire, être dorénavant considérés comme tiers étrangers, relativement aux actes et jugements qui sont intervenus postérieurement avec leur auteur seul et en leur absence. Ce dernier s'étant dessaisi de tous ses droits, et ne pouvant désormais faire aucun acte de disposition quelconque au préjudice de ses ayants-cause, est, par cela même, sans qualité pour les représenter en justice.

107. Telle est donc la première distinction qu'il convient d'établir comme principe fondamental : Le titre des ayants-cause est-il postérieur aux jugements rendus avec leur auteur; ces décisions passent, à leur égard, en force de chose jugée, parce qu'il n'a pu leur transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Leur titre est-il au contraire antérieur; désormais leur auteur ne saurait les représenter en justice, parce que l'aliénation même de ses droits lui enlève toute capacité à cet égard. En conséquence, les jugements rendus contre lui, depuis qu'il a été dessaisi de ses droits, ne sont pas opposables à ses ayants-cause.

Ainsi, le jugement rendu avec le vendeur, le donateur ou le cédant, au sujet de la chose ou des droits qui forment l'objet de la vente, de la donation ou du transport, a l'autorité de la chose jugée envers l'acquéreur, le donataire ou le cessionnaire, lorsqu'il a été rendu avant que leurs titres d'acquisition ne fussent établis, ou qu'ils ne fussent devenus efficaces par rapport aux tiers, savoir : la vente, par un acte ayant date certaine; la donation d'immeubles, par la transcription; la cession, par la signification au débiteur ou son acceptation par acte authentique (1).

Que si le jugement a été rendu après l'entière perfection de la vente, de la donation ou du transport, l'acquéreur, le donataire ou le cessionnaire seront bien admis à s'en prévaloir, lorsqu'il aura été rendu en faveur du vendeur, du donateur ou

(1) MERLIN, Quest., vº *Transport*, § 6.

du cédant ; mais il ne pourra leur être opposé si, étant rendu contre leur auteur, il préjudicie à leurs droits. Car, à partir du moment où l'acte est devenu efficace à l'égard des tiers, l'acquéreur, le donataire ou le cessionnaire n'ont plus été représentés par leur auteur dans les actes et jugements intervenus avec lui seulement. Les tiers ne pourront donc se prévaloir contre eux des jugements rendus avec leur auteur, après la vente, la donation ou le transport, bien que l'instance fût engagée antérieurement avec lui, lorsque ces jugements préjudicient à leurs droits, soit parce qu'ils ont décidé que la chose vendue ou donnée n'appartenait pas au vendeur ou donateur, ou qu'elle était grevée de servitudes, d'hypothèques ou autres charges réelles, soit enfin parce qu'ils ont déclaré la créance cédée non existante, nulle ou éteinte en totalité ou en partie (1).

108. Peu importe que l'acquéreur, le donataire ou le cessionnaire aient eu connaissance de la contestation engagée ou continuée sans leur concours et en leur absence, postérieurement à l'époque où leurs titres d'acquisition sont devenus efficaces à l'égard des tiers. Par cela seul que connaissant l'existence du procès ils ont négligé ou se sont abstenus d'intervenir dans l'instance, ou de notifier leurs titres au tiers qui y était partie, ils ne sauraient être réputés avoir été représentés en justice par leur auteur. Les jugements rendus contre ce dernier ne leur sont donc pas opposables.

Il est vrai que, suivant la loi romaine (2), le jugement rendu contre le vendeur, postérieurement à la vente, avait l'autorité de la chose jugée contre l'acquéreur qui avait eu connaissance du procès. Et plusieurs arrêts avaient consacré ce principe sous notre ancienne jurisprudence (3). Mais il ne doit plus être suivi sous notre nouveau droit.

La chose jugée, dit la loi romaine, ne laisse pas cependant d'être opposable à ceux qui ont connu l'existence du débat,

(1) MERLIN, Quest., v° *Opposition (tierce)*, § 9.
(2) L. 63, *ff. De re jud.*
(3) MERLIN, Rép., v° *Opposition (tierce)*.

lorsque celui à qui l'action ou l'exception appartient en première ligne a laissé, avec connaissance, plaider celui qui ne venait qu'en seconde ligne. Ainsi, le créancier laisse plaider son débiteur sur la propriété du gage; le possesseur, son vendeur sur la propriété de la chose vendue : la chose jugée avec l'un est opposable à l'autre. Et ce point, dit le jurisconsulte Macer, ressort de plusieurs constitutions. Pourquoi? C'est que celui qui laisse plaider le propriétaire précédent doit être écarté par l'exception de chose jugée, quoiqu'elle l'ait été avec d'autres, à cause de la connaissance qu'il a eue du litige, et parce qu'il a été jugé, d'après sa volonté, sur le droit même qu'il tire de la partie qui a plaidé personnellement.

Mais il en est autrement dans ce cas, ajoute la loi romaine : Titius revendique contre vous un héritage que je prétends aussi m'appartenir, mais non du chef de Titius. Alors même qu'il est jugé, à ma connaissance, contre Titius, je n'en éprouve aucun préjudice, parce que je fonde ma revendication sur un autre titre que celui dans lequel Titius a succombé, et que je n'ai pas eu le pouvoir d'empêcher Titius d'user de ses droits.

Et c'est ce qui a lieu, dit la même loi, à l'égard des cohéritiers entre eux. Ainsi, de deux héritiers du débiteur, l'un est condamné; la défense de l'autre demeure entière, quoiqu'il ait su que son consort plaidait. De même, si l'un des demandeurs condamnés acquiesce, il n'est pas fait préjudice à l'action de l'autre. C'est que celui-ci, quand il sait que son consort plaide, n'a pas le droit de l'empêcher d'exercer comme il l'entend son action et ses droits propres.

De la seule connaissance, jointe au droit d'opposition, que l'ayant-cause avait eue de la contestation engagée avec son auteur, la loi romaine inférait donc l'existence d'une sorte de mandat tacite en vertu duquel il était censé régulièrement représenté en justice. Mais notre loi française n'établit nulle part une semblable présomption, qui serait même en opposition avec la réalité des choses. Aucune disposition légale n'oblige l'ayant-cause à intervenir, tandis que l'article 474, C. pr., accorde sans distinction ni condition le droit de former tierce

opposition à la partie qui n'a été ni appelée ni représentée dans l'instance. C'est donc au demandeur à l'appeler en cause, pour qu'il soit rendu avec elle un jugement commun (1).

109. Cependant, bien que la loi n'admette point une pareille représentation, si elle ne se fonde sur une qualité précise d'ayant-cause, ou de mandataire conventionnel ou légal, les jugements rendus contre l'auteur, après l'aliénation de ses droits, auraient contre son ayant-cause l'autorité de la chose jugée, dans le cas où il serait établi que le procès a été soutenu par le premier, dans l'intérêt du second, par suite d'un accord formé entre eux, et en vertu d'un véritable mandat (2).

110. Nous appliquons les mêmes principes aux jugements rendus avec le garant seul. S'ils profitent dans tous les cas au garanti, ils ne lui sont pas indistinctement opposables, quand ils préjudicient à ses droits.

Une demande en revendication est formée ou continuée depuis la vente contre le vendeur seul. Le jugement qui repoussera cette demande profitera à l'acquéreur, qui est garanti de droit par son vendeur. Mais le jugement qui l'aura accueillie ne lui sera pas toujours et indistinctement opposable. D'après la loi romaine que nous venons de citer, il suffisait que l'acquéreur eût, avec connaissance du litige, laissé son garant, vendeur, poursuivre et soutenir seul la contestation. Mais aujourd'hui son silence et son inaction, joints à la connaissance qu'il a du procès, ne suffisant pas, il faut de toute nécessité, pour que le jugement rendu contre son garant passe, à son égard, en force de chose jugée, qu'il soit censé, par suite d'un consentement donné, s'en être rapporté à celui-ci du soin de soutenir seul, dans son intérêt, la contestation. Or, c'est ce qui a lieu, indépendamment de tout mandat exprès, lorsque, par des conclusions formelles, il a demandé que le garant prît son

(1) MERLIN, Quest., v° *Chose jugée*, § 2, n° 2. — Cass., 19 août 1818. SIREY, 19, 1, 24.

(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 769.

fait et cause, et qu'il a obtenu par suite sa mise hors d'instance (1).

Dans ce cas, le procès engagé sur l'action du demandeur originaire contre l'acquéreur, se poursuit entre le demandeur et le garant qui a pris le fait et cause de l'acquéreur et s'est chargé de la défense de la cause. Le jugement rendu au profit du garant profite à l'acquéreur, et, réciproquement, le jugement rendu contre le garant est opposable à ce dernier. Il s'exécute même contre lui sur la simple signification qui lui en est faite, et le demandeur peut le poursuivre en délaissement de l'héritage dont il s'est fait reconnaître propriétaire, contradictoirement avec le garant (2). Mais cette exécution du jugement n'a lieu contre l'acquéreur que pour ce qui concerne le principal, c'est-à-dire le délaissement de l'héritage et la restitution des fruits, s'il y a lieu. Quant aux condamnations accessoires, telles que les dépens qui sont tout personnels au garant, comme peine du plaideur téméraire, elles ne s'exécutent pas contre le garanti, mais seulement contre le garant envers lequel elles ont été prononcées (3).

111. Nous appliquons les mêmes règles aux jugements rendus avec le garanti. Ils profitent toujours au garant; mais ils ne lui nuisent pas dans tous les cas. Ainsi, la garantie pour cause d'éviction cesse lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner par un jugement en dernier ressort, ou dont l'appel n'est plus recevable, sans appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande (1640). Mais si le garanti, sur la demande formée contre lui, sans mettre en cause son garant, lui dénonce au moins l'action, et que ce dernier, nonobstant cette dénonciation de la poursuite, laisse l'acquéreur soutenir seul le procès, la chose jugée avec cet acquéreur et le tiers demandeur en éviction sera, sans aucun doute, opposable au vendeur garant,

(1) Voy. 1222, n° 13.
(2) Ordonn. de 1667, tit. 8, art. 11. — POTHIER, *Vente*, n° 114.
(3) POTHIER, *ibid.*

attendu qu'il était non seulement en son pouvoir, mais encore de son devoir de prendre avec son acquéreur la défense de la chose par lui vendue (1). Il est alors présumé, par suite de son silence et de son inaction en connaissance de cause, s'en être remis à son acquéreur du soin de soutenir seul la contestation dans leur intérêt commun.

112. Lorsque l'acte en vertu duquel l'ayant-cause tient ses droits de son auteur est soumis à une condition suspensive, et que cette condition vient ensuite à s'accomplir, les jugements rendus, *pendente conditione*, avec l'auteur seul, profitent à l'ayant-cause, s'ils sont en sa faveur; mais ils ne lui nuisent pas, s'ils sont rendus contre lui. Celui qui a transmis des droits sous une condition suspensive a bien le droit et le devoir de veiller, tant que cette condition est encore pendante, et dans la prévision de son accomplissement, à la conservation et à la défense de la chose, dans l'intérêt de son ayant-cause. Mais de ce que la transmission des droits opérée en faveur de ce dernier est subordonnée à une condition suspensive, il ne s'ensuit pas qu'il soit censé donner à son auteur mandat de se présenter seul, dans un intérêt qui est éventuellement celui de l'un ou de l'autre, comme contradicteur exclusif à toutes les actions déjà liées ou qui seront intentées plus tard relativement à ces droits. Il ne saurait être ainsi représenté par son auteur au sujet de droits qui, par suite de l'effet rétroactif de la condition accomplie, sont censés n'avoir plus appartenu à ce dernier du jour même de l'acte de transmission (2).

Et il n'y a pas à distinguer entre le cas où l'auteur aurait compromis les intérêts de son ayant-cause par quelque acte personnel et volontaire de renonciation, d'acquiescement, d'aveu ou de déclaration préjudiciable, et celui où le jugement aurait été rendu indépendamment de tout acte de cette nature. Pour que la décision soit opposable à l'ayant-cause, il faut qu'il ait été appelé personnellement dans l'instance, ou que,

(1) Voet, *Ad pand.*, *De except. rei jud.*, n° 5.
(2) Duranton, t. 13, n°s 509 et 510. — Zachariæ, t. 5, pag. 778.

l'action lui ayant été dénoncée, il soit censé, en n'intervenant pas, s'en être reposé sur son auteur, et lui avoir donné mandat de le représenter.

Si les jugements rendus pendant que la condition suspensive était en suspens l'ont été avec l'ayant-cause seul, et que cette condition vienne ensuite à défaillir, ils profiteront dans tous les cas à l'auteur. Mais ils ne lui nuiront pas, s'ils ont été rendus contre l'ayant-cause seul, à moins que, l'action lui ayant été dénoncée, il ne soit réputé, par son silence, s'en être remis à son ayant-cause du soin de soutenir seul la contestation.

Voici un cas où ces principes reçoivent leur application : Une chose est léguée sous condition. *Pendente conditione*, un jugement est rendu avec les héritiers seuls, sur la demande d'un tiers qui en revendique la propriété. Ce jugement profite aux légataires, mais il ne leur est pas opposable s'il préjudicie à leurs droits. Ils pourront donc, lorsque la condition sera accomplie, le repousser comme *res inter alios judicata*, les héritiers chargés de la délivrance du legs n'ayant point qualité pour les représenter en justice, quant à la propriété de la chose léguée (1)

113. Si les droits transmis à l'ayant-cause l'ont été sous une condition résolutoire, et qu'un jugement ait été rendu *pendente conditione*, avec l'ayant-cause seul, sur la demande d'un tiers concernant ces droits, ce jugement profitera bien à l'auteur, mais il ne lui nuira point si la condition vient à s'accomplir. Car l'ayant-cause qui est en réalité tenu de rendre la chose sous une condition suspensive, inverse à la condition résolutoire sous laquelle cette chose lui a été transférée, n'a pas qualité pour représenter en justice celui de qui il tient ses droits conditionnellement (2).

Que si le jugement a été rendu, *pendente conditione*, avec l'auteur seul, il profite également à l'ayant-cause, mais ne lui nuit point, en cas que la condition résolutoire vienne à défaillir.

(1) DURANTON, T. 13, n° 512.
(2) ZACHARIÆ, *ibid.* — DURANTON, T. 13, n° 511.

L'ayant-cause est, en effet, saisi des droits qui lui ont été transmis, comme si l'acte de transmission avait été pur et simple. Dès lors, son auteur est, à partir de cet acte, sans qualité pour le représenter en justice (1).

114. Nous en disons autant du cas où l'acte contenant la transmission des droits, au lieu d'avoir été fait sous une condition résolutoire, est soumis à une action en résolution, en révocation, en rescision ou en nullité. Les règles de représentation mutuelle, dans les rapports de l'ayant-cause avec son auteur, sont exactement les mêmes que lorsqu'il s'agit d'une condition résolutoire proprement dite.

115. Les créanciers simplement chirographaires sont incontestablement les ayant-cause de leur débiteur. Ils sont, en conséquence, censés représentés par lui dans toutes les instances qu'il soutient seul contre des tiers, soit qu'ils poursuivent contre lui la reconnaissance d'engagements qu'il aurait contractés en leur faveur, ou qu'ils réclament certains droits de propriété ou autres sur les choses composant son patrimoine. Les jugements rendus pour ou contre lui acquièrent, en leur faveur ou à leur préjudice, l'autorité de la chose jugée. C'est un point hors de contestation (2).

Il importe même peu que les droits des créanciers chirographaires contre leur débiteur, dont ils sont les ayants-cause, remontent à une date antérieure aux jugements rendus, ou bien, au contraire, qu'ils existent à une date postérieure.

Ils ont seulement le droit de les attaquer par la voie de la tierce opposition, dans le cas où ils prétendent qu'ils ont été rendus en fraude de leurs droits, par suite d'une collusion concertée entre leur débiteur et les tiers. Ils font alors valoir un droit personnel dans l'exercice duquel ils ne sauraient être représentés par leur débiteur, qui, bien loin d'être leur auteur, est au contraire leur adversaire à cet égard.

(1) Voy. 1183, nos 6 et suiv.
(2) Bonnier, n° 698. — Zachariæ, t. 5, pag. 769.

116. Mais ils ne cessent pas d'être représentés par lui dans le cas même où le jugement qu'on leur oppose, et qu'ils n'arguent d'ailleurs ni de simulation ni de fraude, a reconnu, en faveur d'un tiers créancier, un droit de privilége, d'hypothèque ou de nantissement (1), ou tout autre droit de préférence sur les biens du débiteur constituant pour tous un gage commun. Comme ils n'ont de droits sur son patrimoine que sans préjudice de ceux qui ont été volontairement attribués ou judiciairement reconnus en faveur du tiers, les jugements déclaratifs de ces droits, rendus avec leur débiteur seul et contre lui, leur sont opposables comme ayant également contre eux l'autorité de la chose jugée, en tant qu'ils agissent comme simples créanciers chirographaires (2).

Ils sont sans doute, en cette qualité et en vertu des droits qui en résultent pour eux, admis à débattre l'existence ou l'étendue des droits que les autres créanciers, leurs consorts, entendent faire valoir en concurrence avec eux ou à leur exclusion. Mais leurs actions et contestations sur ce point ne sont recevables que tout autant qu'il n'est déjà intervenu, entre ces tiers créanciers et leur débiteur commun, aucun jugement qui fixe les droits contestés, en règle l'étendue et en déclare les causes de préférence.

117. Il est, néanmoins, certains cas où il est vrai de dire que les créanciers sont des tiers par rapport au débiteur commun, et qu'ils ne sont pas représentés par lui en justice dans les jugements qui déterminent leurs droits respectifs sur son patrimoine; c'est lorsque, n'étant pas simplement chirographaires, ils ont eux-mêmes à faire valoir des droits particuliers qui leur appartiennent en propre, et auxquels les jugements qu'on leur oppose porteraient atteinte. Nous devons donc examiner en quels cas et sous quelles conditions les créanciers hypothécaires et autres privilégiés sont réputés les ayants-

(1) Cass., 13 avril 1811. SIREY, 41, 1, 552.
(2) *Contrà*, ZACHARIÆ, t. 5, pag. 769.

cause de leur débiteur, et par lui régulièrement représentés en justice.

Il n'y a pas de doute d'abord que, si les jugements rendus avec leur débiteur au profit de tiers étrangers, l'ont été antérieurement à l'époque où leurs droits d'hypothèque ou de préférence ont été légalement acquis envers les tiers, ils ne peuvent les repousser comme *res inter alios judicata*. Ils ont été alors représentés par leur débiteur, comme n'étant que de simples créanciers chirographaires au moment où sont intervenues les décisions qu'on leur oppose ; à plus forte raison, si alors ils n'étaient pas créanciers du tout.

Nous supposons donc que leurs droits d'hypothèque ou de préférence sont devenus efficaces envers les tiers avant la prononciation de ces jugements. Or, nous disons que, même en ce cas, ils sont les ayants-cause de leur débiteur, relativement aux jugements qui, étant rendus avec lui seul et en leur absence, ne font que statuer sur l'existence, l'étendue ou les modifications de son droit de propriété, concernant les choses sur lesquelles ils se prétendent créanciers hypothécaires ou privilégiés. Nous disons, en un mot, que ces jugements ont à leur égard l'autorité de la chose jugée, soit qu'ils déclarent leur débiteur non propriétaire en totalité ou en partie ; soit qu'ils prononcent la résolution, la révocation, la rescision ou la nullité de l'acte invoqué par lui comme translatif ou déclaratif de propriété ; soit enfin qu'ils reconnaissent en faveur de tiers étrangers des droits de bail, de servitude, d'usufruit, ou autres charges réelles affectant la propriété, mais d'une nature différente du privilége ou de l'hypothèque ; à moins, bien entendu, qu'ils ne soient attaqués pour cause de collusion, de dol et de fraude. Mais ce n'est là qu'une exception, toujours réservée de droit.

En effet, le débiteur dont les biens sont grevés d'hypothèques ou de priviléges n'en conserve pas moins tous les droits qui sont inhérents à la propriété. Seul il a qualité pour intenter les actions la concernant ou pour y défendre. Son titre de propriétaire suffit pour le présenter aux tiers qui plaident avec

lui comme leur seul contradicteur légitime. Dès lors, les jugements rendus contradictoirement avec lui sur la propriété même de la chose hypothéquée, sont opposables aux créanciers hypothécaires qui tiennent leurs droits de lui personnellement, et n'ont d'ailleurs à invoquer aucuns droits qui leur soient propres et particuliers.

S'il en était autrement, et que les jugements rendus avec lui fussent, à l'égard des créanciers hypothécaires, *res inter alios judicata*, il faudrait mettre en cause tous les créanciers ayant hypothèques sur la chose qui fait le sujet de la contestation; à défaut de quoi le tiers qui aurait gagné son procès contre le débiteur seul, aurait incessamment à faire rejuger la même question, et à faire reconnaître l'existence de ses droits contre chacun des créanciers hypothécaires individuellement. Mais c'est bien là, dit M. Merlin, l'idée la plus absurde que l'on puisse mettre en avant. Un pareil système offre de trop graves inconvénients, au double point de vue de l'administration de la justice et de la sécurité de la propriété, pour qu'on puisse l'admettre comme étant fondé sur les véritables principes du droit. Ne suffit-il pas que les créanciers, s'ils ont à craindre que leur débiteur ne se rende coupable de quelque négligence dans la défense de ses droits de propriété, soient admis à intervenir pour suppléer son indifférence ou son incurie?

L'hypothèque est d'ailleurs subordonnée, dans son existence et son efficacité, aux droits que le propriétaire a sur la chose qui en est grevée. C'est ce que M. Merlin explique avec beaucoup de force (1) : « Un créancier, même avec hypothèque, dit-il, est nécessairement l'ayant-cause de son débiteur. C'est de son débiteur qu'il tire son droit. Il n'est créancier hypothécaire que parce que son débiteur lui a affecté ses biens; mais, en les affectant, il ne l'a rendu ni copropriétaire ni usufruitier; il ne lui a donné qu'un droit subordonné à sa propriété personnelle; et s'il vient à être jugé avec le débiteur que sa propriété n'existe pas, ou qu'elle est dans le cas d'être résolue par l'effet d'une

(1) Quest., v^is Opposition (tierce), § 1.

cause inhérente au titre même d'où elle dérive, alors il faut bien que l'hypothèque du créancier s'évanouisse avec elle ; *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* »

Mais, pour prévenir tout abus que l'on pourrait faire de cette dernière maxime, nous ajoutons que le créancier hypothécaire, en tant qu'ayant-cause, se distingue essentiellement des autres ayants-cause, tels que l'acquéreur, le donataire et le cessionnaire, en ce que, nonobstant les droits d'hypothèque qui lui sont attribués, le propriétaire continue d'exercer seul les actions concernant la chose ; tandis que le vendeur, le donateur et le cédant sont dessaisis, à cet égard, de tout droit et de toute qualité à partir du moment où la vente, la donation et le transport sont devenus efficaces envers les tiers.

Nous disons donc que les créanciers, sans distinction des créanciers hypothécaires ou chirographaires, sont les ayants-cause de leur débiteur, et sont représentés par lui en justice ; d'où la conséquence que les jugements rendus avec lui leur sont également opposables, et qu'ils ne peuvent, soit les repousser comme *res inter alios judicata*, soit y former tierce opposition, à moins qu'ils ne les arguent de collusion frauduleuse (1).

118. Au créancier ayant hypothèque, il convient d'assimiler le créancier nanti d'un gage. Comme il tient ses droits du débiteur, il est également représenté par lui en jugement ; et il n'y a d'exceptions à ce principe que dans le cas où le créancier prétend faire valoir un droit propre et personnel contre l'action intentée à son débiteur, soit dans celui où il exerce, en vertu de l'article 1167, l'action révocatoire pour cause de fraude. Il peut alors former tierce opposition au jugement (2).

(1) Voy. 1184, n° 71. — MERLIN, *ibid.* — PROUDHON, *Usufruit*, t. 3, n°s 1300 et suiv. — Cass., 16 juin 1811. SIREY, 11, 1, 337. — 21 août 1826. SIREY, 27, 1, 156. — 3 juill. 1831. SIREY, 32, 1, 127. — 26 mai 1841 : SIREY, 41, 1, 749. — *Contrà*, L. 11, § 10, *De except. rei jud.* — L. 3 et 15, § 1, *ff. De pign. et hyp.* — DURANTON, t. 13, n°s 507 et 508. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 770. — BONNIER, n° 695. — MARCADÉ, art. 1351, n° 12.

(2) Cass., 8 juill. 1850. SIREY, 51, 1, 38.

119. A certains égards, cependant, les créanciers hypothécaires ne sont pas les ayants-cause de leur débiteur ; c'est ce qui a lieu lorsqu'il s'agit de régler entre eux, sous le rapport du rang et des causes de préférence, leurs droits respectifs sur le gage commun. Le privilége ou l'hypothèque dont sa créance est assortie constitue alors, en faveur du créancier hypothécaire ou privilégié, un droit propre et personnel qu'il n'appartient qu'à lui de faire valoir dans son intérêt et en son nom. Comme ce droit, l'un des effets essentiels de l'hypothèque ou du privilége, ne saurait être exercé par le débiteur, les jugements rendus avec lui seul qui auraient pour résultat d'en détruire, restreindre ou modifier l'efficacité, au préjudice des tiers créanciers hypothécaires ou privilégiés auxquels seuls il appartient, ces jugements, disons-nous, de même que toute convention ordinaire, ne leur sont pas opposables, et ils peuvent les repousser comme *res inter alios judicata*, ou y former tierce opposition (1).

Tels sont les jugements qui, étant rendus avec le débiteur seul, auraient déclaré contre lui l'existence, la validité ou l'étendue d'une hypothèque ou d'un privilége et de leur inscription, au profit de l'un de ses créanciers. Les autres créanciers hypothécaires ou privilégiés qui n'ont pas été parties dans l'instance, sont recevables, nonobstant toutes décisions intervenues en leur absence, à débattre les droits de préférence ou de concours attribués au créancier qui leur oppose la chose jugée.

Mais ils ne sont tiers qu'en ce point, et ils ne peuvent repousser les jugements rendus avec leur débiteur, en tant que ces décisions reconnaissent ou fixent contre lui l'existence ou l'étendue seulement des créances au payement desquelles il est condamné. A l'égard de ces condamnations principales qui laissent intactes, relativement à eux, toutes questions accessoires de privilége ou d'hypothèque, ils sont les ayants-cause de leur débiteur, et par lui, conséquemment, représentés en

(1) Cass., 20 juin 1854. SIREY, 54, 1, 601.

justice. S'ils peuvent débattre et contester, au principal, quant à leur existence et leur quotité, les créances des autres, ce n'est que dans le cas où il n'est intervenu déjà, contradictoirement avec leur débiteur, aucun jugement qui les ait fixées. Mais si un jugement a été précédemment rendu, ils doivent, en qualité d'ayants-cause, en accepter les condamnations, sauf à débattre avec les autres créanciers dont les droits ont été reconnus, les causes de préférence par eux respectivement invoquées.

120. Généralement donc les créanciers hypothécaires ou privilégiés cessent d'être représentés en justice par leur débiteur, toutes les fois qu'il s'agit de droits qui leur sont propres, et que ce dernier ne pouvait personnellement faire valoir. Ainsi, si l'on admet que le vendeur d'un objet mobilier qui a été incorporé à l'immeuble hypothéqué, et est devenu par suite immeuble par destination, ne peut désormais poursuivre contre l'acquéreur la résolution de la vente au préjudice des créanciers hypothécaires (1), le jugement de résolution ne pourra leur être opposé, et ils seront recevables à y former tierce opposition. Ils ont, en effet, un droit personnel au maintien de leur hypothèque, et, comme ils n'ont pas été représentés par leur débiteur dans l'exercice de ce droit, ils sont encore admis à contester l'action en résolution qui y préjudicie (2).

121. Tel est enfin le cas où un tiers serait reconnu propriétaire de l'immeuble hypothéqué, comme l'ayant acquis par acte sans date certaine ou non transcrit émané du débiteur. Les créanciers hypothécaires étant des tiers auxquels cet acte ne peut être opposé, ont un droit personnel dans l'exercice duquel ils n'ont pas été représentés en jugement par leur débiteur.

122. Nous devons nous expliquer ici sur une dernière hypothèse indiquée par Pothier, dont l'opinion est habituellement invoquée comme contraire à celle que nous avons adoptée. Cet

(1) Voy. 1184, n° 114.
(2) Cass., 9 déc. 1835. Sirey, 36, 1, 177.

auteur suppose (1) que Pierre, après avoir succombé dans une demande en revendication formée contre vous, m'a consenti une hypothèque sur l'immeuble qu'il a vainement revendiqué. Si je vous poursuis hypothécairement, vous serez fondé à m'opposer l'exception de chose jugée résultant du jugement antérieur qui a décidé que l'immeuble était votre propriété, et non celle de mon auteur.

Mais Pothier suppose ensuite que Pierre m'a constitué cette hypothèque dès avant le procès qu'il a eu avec vous ; et, dans ce cas, il dit que vous ne pourrez pas m'opposer le jugement que vous avez obtenu contre lui. « Car, ajoute-t-il, ce jugement qui a jugé que Pierre n'était pas alors propriétaire de l'héritage, ne décide pas qu'il n'ait pu l'être auparavant, lorsqu'il m'y a constitué un droit d'hypothèque; et en justifiant par moi qu'il en était propriétaire alors, cela suffit pour que mon action hypothécaire procède contre vous, quoiqu'il eût depuis cessé de l'être, et qu'il ne le fût plus lors du procès qu'il a eu entre vous et lui. » Et il cite les lois romaines (2).

Cette opinion de Pothier est parfaitement fondée. Mais il ne s'ensuit point que, dans ce cas, il dénie au créancier hypothécaire la qualité d'ayant-cause de son débiteur. Sans s'occuper de l'existence ou de la non existence de cette qualité, il dit que le jugement qui a déclaré le débiteur non propriétaire ne m'est pas opposable, à moi créancier hypothécaire, non pas parce que je n'ai pas été représenté en justice par le débiteur, mais bien pourvu que je justifie que ce dernier était propriétaire lorsqu'il m'a constitué un droit d'hypothèque, quoiqu'il ait cessé de l'être depuis. Si donc le jugement ne m'est pas opposable, c'est uniquement parce que mon action a un objet ou une cause différents de ceux de la première, et que ce défaut d'identité de la cause ou de l'objet suffit pour écarter l'exception de chose jugée. C'est mon droit que je défends.

Aussi disons-nous que si le créancier hypothécaire ne faisait

(1) N° 56.
(2) L. 11, § 10, *ff. De except. rei jud.* — L. 3, *ff. De pign. et hyp.*

pas la justification à laquelle Pothier subordonne son droit, ou si le jugement rendu avec le débiteur avait expressément décidé que ce dernier n'était pas propriétaire dès avant la constitution de l'hypothèque, il aurait contre le créancier hypothécaire pleinement l'autorité de la chose jugée. Car il s'agirait de faire rejuger avec lui la même question de propriété qui a été jugée avec son auteur.

123. Du reste, si les créanciers hypothécaires ou privilégiés sont réputés en principe les ayants-cause de leur débiteur, ils ne le sont respectivement que de celui dont ils tirent personnellement leurs droits. Tout tiers détenteur de la chose hypothéquée ne doit pas être considéré indistinctement comme étant leur auteur. Cette qualité ne lui appartient qu'autant que le créancier hypothécaire que l'on prétend être son ayant-cause tient ses droits de lui, en vertu d'un engagement qui lui est personnel.

Que l'on suppose un immeuble ayant passé successivement aux mains de Primus, Secundus et Tertius; les jugements rendus avec ce dernier sont opposables à ceux des créanciers qui ont acquis de lui leurs droits de privilége et d'hypothèque. Car ils sont ses ayants-cause, dans la mesure et dans le sens que nous venons d'expliquer. Mais ces jugements ne seront pas de même opposables à ceux qui tiennent leurs droits de Secundus ou de Primus. Ils ne pourront du moins leur être opposés que dans le cas où ils auraient acquis l'autorité de la chose jugée contre ces derniers eux-mêmes, c'est-à-dire dans le cas où Tertius, leur ayant-cause, serait réputé les avoir représentés en justice.

Ainsi, un jugement décide contre Tertius que la propriété de la chose grevée de privilége ou d'hypothèque appartient à Quartus. Il a bien l'autorité de la chose jugée contre les créanciers personnels de Tertius; mais non contre Secundus, ni contre Primus, ni contre les créanciers qui tiennent leurs droits de l'un ou de l'autre. Cependant, s'ils avaient été appelés en cause par action de garantie, ou que, l'action leur ayant été

dénoncée à raison du péril d'éviction; ils eussent donné mandat à Tertius d'y défendre seul, ou qu'ils se fussent accordés pour s'en rapporter à lui du soin de soutenir seul le procès dans un intérêt commun, le jugement rendu contre lui, ayant alors l'autorité de la chose jugée à leur égard, l'aurait par suite contre leurs créanciers, respectivement considérés comme leurs ayants-cause.

124. Si l'auteur est censé représenter l'ayant-cause, il n'est pas, en sens inverse, représenté par lui; car ce n'est pas de lui qu'il tire ses droits. Telle est la décision de la loi romaine (1): *Julianus scribit exceptionem rei judicatæ a personâ auctoris ad emptorem transire solere; retro autem ab emptore ad auctorem reverti non debere*; Julien dit que l'exception de chose jugée passe bien ordinairement de l'auteur à l'acheteur, mais qu'elle ne doit pas remonter de l'acheteur à l'auteur.

Et voici l'exemple que cite le jurisconsulte romain : Vous avez vendu un fonds dépendant d'une hérédité; je le revendique contre l'acquéreur, et je gagne mon procès. Vous vous prétendez ensuite propriétaire de ce même fonds pour une cause quelconque, et vous le revendiquez contre moi; je ne pourrai vous opposer l'exception qu'il y a chose jugée entre moi et votre acquéreur. De même, ajoute Julien (2), si j'ai succombé dans mon action en revendication contre l'acquéreur, et qu'ensuite je la forme contre vous, qui êtes rentré en possession de fait de la chose, vous ne pourrez m'opposer l'exception qu'il y a chose jugée entre votre acquéreur et moi (3).

Mais cette exception me serait au contraire opposable, si vous étiez rentré en possession de la chose par suite de la résolution ou annulation de la vente (4), ou par l'effet d'une revente ou rétrocession consentie par votre acquéreur (5).

(1) L. 9, § 2, *ff. De except. rei jud.*

(2) L. 10, *ff. De except. rei jud.*

(3) Pothier, n° 57. — Duranton, t. 13, n° 513. — Toullier, t. 10, n° 200.

(4) Voet, *Ad pand.*, *De except. rei jud.*, n° 5.

(5) Duranton, *ibid.*

Cette revente ou rétrocession vous constitue même véritablement ayant-cause de votre acquéreur, de telle sorte que, réciproquement, si j'avais gagné mon procès contre lui, je pourrais vous opposer la chose jugée, si votre action n'est fondée sur une autre cause.

125. Julien dit encore (1) : Nous sommes, vous et moi, héritiers de Titius. Vous revendiquez contre Sempronius votre portion d'un fonds que vous prétendez dépendre en entier de l'hérédité, et vous succombez dans votre action. Puis, j'achète de Sempronius cette même portion d'héritage. Je pourrai opposer, sur votre demande en partage, l'exception de la chose jugée entre vous et mon vendeur. Et si j'avais commencé par revendiquer contre vous la même portion du fonds, et que j'agisse ensuite en partage de l'hérédité, je pourrais également opposer l'exception qu'il y a chose jugée entre vous et moi.

En effet, dans le premier cas, je suis l'ayant-cause de Sempronius, mon vendeur, de telle sorte que je puis me prévaloir du jugement rendu à son profit avant la vente ; et, dans le second cas, toujours en la même qualité d'ayant-cause, je tire de lui des droits entièrement distincts de ceux qui m'appartiennent, d'autre part, à titre de cohéritier. On voit que cette espèce rentre dans le système général de la représentation de l'ayant-cause par son auteur, et de la transmission des droits de celui-ci en premier.

126. Les créanciers chirographaires ou hypothécaires, non plus que les autres successeurs singuliers et ayants-cause, ne sont point censés représenter le débiteur, leur auteur, dans les jugements rendus avec eux seuls, du moins lorsque ces jugements préjudicient à ses droits. L'exception de chose jugée avec eux et contre eux ne lui est pas opposable, lors même qu'ils ont figuré dans l'instance comme exerçant en son nom et à sa place ses droits et actions, conformément à l'article 1166.

Ainsi, le débiteur pourra former tierce opposition au juge-

(1) L. 11, § 3, *ff. ibid.*

ment qui aura décidé, sans qu'il ait été mis en cause, que tel héritage sur lequel ses créanciers exercent leur action hypothécaire n'est point sa propriété, ou que telle créance dont ils réclament le payement en son nom n'existe pas, est nulle ou éteinte en totalité ou en partie. Et, s'il triomphe, le jugement par lui obtenu ne laissera pas de profiter indistinctement à tous ses créanciers, son émolument devant servir de gage spécial ou commun de leurs créances.

Que, si le débiteur négligeait lui-même de former tierce opposition, ce droit pourrait encore être exercé par ses créanciers, autres du moins que ceux qui ont figuré et succombé dans la première instance. Il s'ensuit que les créanciers exerçant les droits de leur débiteur, en son nom et à sa place, ne se représentent pas plus les uns les autres qu'ils ne représentent leur débiteur commun, et que l'exercice de ses droits, par un seul ou plusieurs conjointement, n'épuise pas la faculté qu'ont leurs consorts de les exercer ensemble ou individuellement du chef et au nom de leur débiteur, aussi longtemps qu'il ne les a pas personnellement fait valoir en justice, et qu'il est encore à même de les exercer.

De ce double principe, que le débiteur profite des jugements favorables obtenus en son nom par ses créanciers agissant conformément à l'article 1166, tandis que les jugements qui préjudicient à ses droits ne lui sont pas opposables, il résulte la conséquence suivante, qui est d'ailleurs commune à d'autres hypothèses analogues où la condition d'un tiers peut être rendue meilleure, et non pire, par les actes d'un autre : Supposez que les créanciers exercent séparément les droits et actions de leur débiteur, en son nom et à sa place, soit devant le même tribunal, soit devant des tribunaux différents, et que, sur ces poursuites distinctes, ayant la même chose pour objet, il soit intervenu des jugements ou arrêts contraires dans lesquels le débiteur n'a pas été autrement partie. Il profitera, et tous ses créanciers indistinctement avec lui profiteront du jugement ou arrêt qui lui est favorable, tandis que la décision qui lui préjudicie ne passe ni contre lui, ni contre aucun d'en-

tre eux en force de chose jugée. Comme il n'y a point été partie ni représenté, c'est *res inter alios judicata*.

127. A plus forte raison, n'est-il pas représenté par eux dans les jugements rendus avec eux seuls, s'ils ont agi, en leur nom personnel, suivant l'article 1167, en révocation des actes qu'ils disent avoir été faits par lui en fraude de leurs droits. L'exception de chose jugée ne lui est pas opposable, s'il n'a été partie dans la cause. C'est à ses créanciers ou aux tiers plaidant avec eux à l'y appeler, pour que le jugement à intervenir devienne commun avec lui.

128. Comme dans les principes du droit romain les diverses dispositions d'un testament étaient subordonnées à l'institution d'héritier, le jugement rendu avec l'héritier institué, par lequel le testament était déclaré nul, pouvait être opposé aux légataires qui, par suite de la dépendance de leurs droits, étaient considérés comme ne faisant en quelque sorte qu'une même partie avec l'héritier (1).

Mais, sous notre droit français, les diverses dispositions d'un testament étant indépendantes les unes des autres, les légataires particuliers ou à titre universel ne sont point censés représentés par l'héritier ou le légataire universel dans les instances où la validité du testament est débattue. En conséquence, on ne peut leur opposer le jugement qui a été rendu avec ces derniers, et qui a déclaré la nullité du testament pour vice de forme ou pour toute autre cause (2).

129. Quant aux légataires, ils ont également des droits indépendants les uns des autres, et le jugement qui aurait prononcé pour ou contre l'un d'eux la validité ou la nullité du testament, ne produirait point à l'égard des autres l'autorité de la chose jugée (3).

(1) POTHIER, n° 62.
(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 778. — DURANTON, T. 13, n° 516. — TOULLIER, T. 10, n° 212.
(3) L. 1, *ff. De except. rei jud.* — POTHIER, n° 62.

130. La condition d'identité juridique entre les parties, exigée pour constituer la chose jugée, n'est pas moins rigoureusement nécessaire lorsqu'il s'agit de jugements qui reconnaissent ou attribuent à l'une des parties une qualité quelconque.

On a prétendu, cependant, que l'article 800 faisait exception à l'article 1351, en ce sens que le jugement passé en force de chose jugée, qui avait condamné un successible en qualité d'héritier pur et simple, emportait attribution définitive de cette qualité, non seulement à l'égard de la partie qui avait obtenu le jugement, mais encore à l'égard de toutes autres parties intéressées qui n'avaient point figuré dans l'instance, de telle sorte que le successible ainsi condamné était déchu envers tous et de la faculté de renoncer (1), et de la faculté d'accepter bénéficiairement (2).

Ce point a été, dans le principe, l'objet de controverses très vives dans la doctrine et dans la jurisprudence. Mais la discussion en semble aujourd'hui épuisée, et nous nous bornons à dire que, ni de la discussion préparatoire de l'article 800, ni de ses termes sainement interprétés, ni de la nature prétendue indivisible de la qualité d'héritier, il ne résulte aucune exception à la règle générale posée par l'article 1351, à savoir que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'entre les mêmes parties. Le jugement qui, sur la demande de l'un des créanciers de la succession, a condamné un successible comme héritier pur et simple, soit en le déclarant déchu de la faculté de renoncer ou d'accepter sous bénéfice d'inventaire, soit en déclarant nulle sa renonciation ou son acceptation sous le même bénéfice, soit en le déclarant déchu du bénéfice d'inventaire, n'a donc l'autorité de la chose jugée qu'à l'égard de la partie qui l'a obtenu, et ne peut être opposé par les autres parties intéressées qui n'ont point figuré dans l'instance, de même que le jugement

(1) *Contrà*, VALETTE ; *Revue étrangère*, T. 9, pag. 257 et suiv., qui admet cette faculté et rejette l'autre.

(2) MERLIN, Rép., v° *Succession*, sect. 1, § 5, et Quest., v° *Héritier*, § 8. — MALEVILLE, art. 783. — MALPEL, n° 194. — VAZEILLE, art. 800 n° 2. — BONCENNE, T. 3, pag. 330 et suiv. — MARCADÉ, art. 800.

qui l'aurait déclaré héritier sous bénéfice d'inventaire n'emporterait, à son profit, l'autorité de la chose jugée qu'à l'égard de la partie contre laquelle personnellement il aurait été rendu (1).

Il n'y a aucune distinction à faire entre le cas où la contestation a eu pour objet direct et principal la qualité d'héritier pur et simple, et celui où cette qualité n'a été qu'incidemment l'objet du débat. Dans le premier cas aussi bien que dans le second, le jugement qui attribue la qualité d'héritier pur et simple ne peut être invoqué que par la partie en faveur de laquelle il a été rendu, sans qu'il puisse être opposé par les autres parties intéressées qui n'ont point figuré dans l'instance (2).

Il s'ensuit que le successible conserve toujours la faculté de se porter soit renonçant, soit acceptant, sous bénéfice d'inventaire, à l'égard de toutes parties autres que celles envers lesquelles il a été condamné comme héritier pur et simple.

131. La règle, que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'entre les mêmes parties, s'applique encore aux jugements qui statuent sur des réclamations ou contestations d'état. Ils n'ont l'autorité de la chose jugée pour ou contre la personne seulement dont l'état a été contesté ou réclamé, qu'à l'égard de ceux qui ont été parties ou dûment représentés dans l'instance.

Ainsi, le jugement rendu avec l'un ou quelques-uns de ses héritiers ne peut être invoqué par les autres, ni leur être opposé; et, s'il a été rendu avec elle et l'un ou quelques-uns des

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 779; T. 4, pag. 275, n^te 24; pag. 281, n^te 38, et pag. 292, n^te 48. — FOUET DE CONFLANS, art. 800. — CHABOT, art. 800, n° 3. — TOULLIER, T. 10, n°s 235-237. — POUJOL, art. 800, n° 2. — DURANTON, T. 7, n° 25, et T. 13, n° 525. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 763.

(2) Cass., 24 mars 1812. SIREY, 12, 1, 325. — Montpellier, 1er juill. 1828. SIREY, 29, 2, 118. — Toulouse, 25 juill. 1828. SIREY, 29, 2, 293. — Toulouse, 1er avril 1841. — Bordeaux, 22 nov. 1844. SIREY, 45, 2, 199 et 462. — *Contrà*, BELOST-JOLIMONT, sur Chabot, art. 800, obs. 2. — FAVARD, Rép., v° *Exception*, § 4, n° 2.

héritiers de celui qui est admis par la loi à contester son état, il n'aura de même l'autorité de la chose jugée qu'à leur égard, sans qu'elle puisse s'en prévaloir contre les autres, ni que ces derniers soient recevables à le lui opposer. Enfin, si, de part et d'autre, quelques héritiers seulement avaient figuré dans l'instance, il n'y aurait chose jugée que relativement à eux, respectivement en leur faveur ou à leur préjudice.

Toutefois, dans les cas tels que celui de désaveu, où la loi n'accorde qu'à quelques personnes seulement le droit de débattre les questions d'état, les jugements rendus pour ou contre celui dont l'état est contesté ou tous ses héritiers, avec ceux qui en sont les légitimes et exclusifs contradicteurs ou tous leurs héritiers, ont, à l'égard de toutes personnes intéressées, l'autorité de la chose jugée; et ces décisions peuvent être invoquées par elles ou leur être opposées, quoiqu'elles n'aient pas figuré personnellement dans l'instance. Autrement, si le débat pouvait être rouvert à leur égard, ce serait admettre comme contradicteurs, dans des questions d'état, des personnes auxquelles la loi en a refusé le droit et la qualité.

Il en résulte que tel état peut être reconnu ou établi envers certaines personnes, et ne pas l'être à l'égard de certaines autres; que, par exemple, on peut être, pour ceux-ci et non pour ceux-là, réputé époux, ascendant ou enfant légitime, naturel ou adoptif (1).

132. Quelque étranges que puissent paraître au premier abord ces conséquences produites par la diversité des décisions, elles sont néanmoins fondées sur les principes rigoureux du droit, et on ne saurait en éluder l'application sous prétexte que l'indivisibilité de l'état civil d'une personne rend inapplicables aux jugements qui y statuent les dispositions de l'article 1351. On abuse en effet, pour écarter les règles de la chose

(1) Voy. MERLIN, Rép., v° *Question d'état*, § 3, art. 1. — DURANTON, T. 3, n°s 101, 161, et T. 13, n°s 526 et suiv. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 640 et suiv.; 667 et suiv. — TOULLIER, T. 10, n°s 216 et suiv. — Cass., 6 janv. 1809. SIREY, 9, 1, 49.

jugée, de cette indivisibilité prétendue, dans un sens où elle n'existe point.

La reconnaissance ou l'attribution d'un état emporte sans doute, en faveur de la personne qui en est l'objet, le droit d'en réclamer tous les avantages, et la nécessité de subir toutes les obligations que la loi attache à cet état. C'est en ce sens que l'état, considéré en lui-même, est indivisible ou plutôt universel, les qualités, les droits et les charges qui en procèdent en étant simultanément les résultats immédiats et directs. Mais ces mêmes droits et obligations sont au contraire divisibles, lorsqu'on les considère relativement aux différentes personnes à l'égard desquelles la même question est soulevée et débattue. Il ne s'agit même pas alors de diviser cet état, mais seulement de restreindre, quant à l'exécution, aux seules parties entre lesquelles la contestation qui le concerne a été engagée, l'autorité du jugement rendu (1).

Aussi, les jugements de rectification des actes de l'état civil ne peuvent-ils, en aucun temps, être opposés aux parties intéressées qui ne les ont point requis ou qui n'y ont pas été appelées (100).

133. C'est ainsi encore que nous appliquons la règle générale de l'article 1351, suivant laquelle l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'entre les mêmes parties, aux jugements qui statuent, soit sur la capacité ou l'incapacité des personnes; sur la qualité d'époux commun ou séparé de biens, de femme soumise ou non au régime dotal; sur la capacité de donner ou de recevoir par donation ou par testament; soit enfin sur des qualités générales ou accidentelles desquelles résultent principalement ou accessoirement des obligations et des droits. Quelque différentes et même contraires que soient les décisions rendues, elles n'en recevront pas moins toutes respectivement leur pleine et entière exécution, à l'égard des parties entre lesquelles elles sont intervenues.

(1) Toullier, t. 10, nos 237 et 238.

134. Telles sont donc les conséquences, nous pouvons même dire tel est le but de l'article 1351, que son application doit entraîner dans la pratique, sur la même question, une grande diversité de jugements. Mais ses dispositions mêmes ne s'expliquent que par la prévision de ce résultat, dont elles assurent légalement la consécration. Que, dans l'intérêt de la justice, de sa dignité et de son respect, les hommes de bien s'affligent de cette contrariété de décisions, dont l'une est nécessairement inique, si l'autre est juste; que le spectacle en soit d'autant plus affligeant qu'elles sont rendues sur la même question, sur le même objet, sur l'interprétation du même titre, sur l'application des mêmes actes; ces considérations n'ont point échappé au législateur. Mais il les a subordonnées aux principes supérieurs qui régissent le droit de défense en justice. Hâtons-nous de dire, cependant, que ces diversités et oppositions de jugements rendus sur la même question, mais à l'égard d'une autre partie, ne sont pas aussi fréquentes qu'on pourrait le craindre. Mais elles le sont encore trop.

135. La conciliation des droits de toutes parties, d'après les jugements passés respectivement à leur égard en force de chose jugée, présente parfois plus de bizarrerie que de difficulté. Je suppose trois créanciers, Primus, Secundus et Tertius, qui se prétendent créanciers chacun au premier rang. Un jugement intervient qui fixe ainsi leurs droits et rangs hypothécaires; d'abord Primus, puis Secundus, enfin Tertius. Tertius fait appel contre Primus seul, et, par suite de la réformation du jugement de première instance, il obtient sur lui la priorité, ou le fait même déclarer simplement créancier chirographaire. Secundus ne doit ni gagner ni perdre à l'exécution de cet arrêt. Il aura, en vertu du jugement de première instance qui est passé à son égard en force de chose jugée, tout ce que ce jugement lui attribue, ni plus ni moins. Ainsi, Tertius prend ce qu'aurait eu Primus, et celui-ci vient prendre au rang de Tertius ce qui revient à ce dernier après Secundus, sans qu'il puisse lui opposer cette maxime : Si je viens avant Primus qui

vient avant vous, à plus forte raison dois-je venir avant vous; *si vinco vincentem te, a fortiori te vinco* (1).

Si nous supposons que le débat est engagé sur la quotité des créances respectivement réclamées, au lieu de l'être sur les rangs des créanciers les uns à l'égard des autres, nous devons porter une solution semblable; et, de quelque manière que l'on varie les hypothèses, il y a toujours lieu d'appliquer ce principe général, que l'autorité de la chose jugée n'existe qu'entre les mêmes parties qui ont figuré dans le jugement.

136. Voici une nouvelle espèce analogue à celle que nous venons de proposer. Primus et Secundus se disputent la succession de Pierre. Un premier jugement passe en force de chose jugée, qui déclare Primus plus proche parent du défunt que Secundus, et lui adjuge, en conséquence, l'hérédité. Postérieurement, et avant que son action soit prescrite, se présente Tertius, qui prétend que Primus a surpris la religion du tribunal par la production d'une fausse généalogie; que c'est à tort qu'on l'a reconnu pour héritier de Pierre, parce qu'il n'en est pas du tout parent, ou qu'il ne l'est que dans un degré plus éloigné que lui. Il n'y a pas de doute que Primus ne peut pas lui opposer le jugement qu'il a obtenu contre Secundus.

Mais supposons que Tertius reconnaisse ou qu'il soit reconnu qu'il est parent du défunt à un degré plus éloigné que Secundus, qui a été écarté comme successible par le premier jugement rendu contre lui au profit de Primus; ce dernier pourra-t-il exciper contre Tertius de la chose jugée, et dire : s'il est vrai que vous êtes parent de Pierre à un degré plus éloigné que Secundus, et si j'évince Secundus, à plus forte raison dois-je vous écarter?

Primus ne saurait présenter cette défense. En effet, de ce qu'un jugement l'a déclaré successible par préférence à Secundus, il ne s'ensuit point qu'il soit subrogé aux droits de Secundus. Le jugement est pour lui si peu le principe d'une

(1) L. 16, *ff. Qui potiores*. — TOULLIER, T. 10, n° 197. — DURANTON, T. 13, n° 522.

subrogation quelconque aux droits de ce dernier, qu'il ne peut s'en prévaloir que comme consacrant en sa faveur l'existence de droits supérieurs à ceux de Secundus, et, par conséquent, différents. Comme il n'a d'autres titres que ceux que le jugement déclare à son profit, et que Tertius n'y a pas été partie, il n'y a pas lieu à l'exception de chose jugée. Et quant à ce que dit Primus, que s'il exclut Secundus, plus proche parent, à plus forte raison il doit exclure Tertius, ce moyen ne peut avoir quelque valeur que dans le cas où il aurait été jugé contradictoirement avec Primus, Secundus et Tertius, qu'il est successible de Pierre par préférence à Secundus, lequel est lui-même préférable à Tertius (1).

137. Continuons notre hypothèse, et supposons que Tertius évince Primus. Secundus pourra-t-il alors, sous prétexte que rien n'a été jugé entre lui et Tertius, le poursuivre en délaissement de l'hérédité, comme étant parent du *decujus* à un degré plus proche? Il ne le pourra pas, parce qu'il y est sans intérêt et sans qualité. En effet, l'éviction de Tertius, si elle était prononcée sur sa demande, ne lui profiterait pas; elle profiterait à Primus, à qui, par un premier jugement, l'hérédité a été attribuée à son exclusion. L'action de Secundus, en supposant qu'il n'eût à invoquer aucune cause nouvelle d'action, aboutirait donc à l'éviction de Tertius, dans le seul intérêt de Primus qui, cependant, a été reconnu sans droit par le second jugement. Ce jugement ne serait enfin révoqué que pour faire maintenir le premier. Or, Tertius peut opposer à la demande dirigée contre lui par Secundus qu'il y est sans intérêt, et que, pour revendiquer une chose, il ne suffit pas de prétendre que le défendeur n'en est pas légitime propriétaire, si l'on n'invoque soi-même un droit de propriété à son profit. En un mot, Secundus ne peut se dire propriétaire, puisqu'un premier jugement l'a évincé, et il ne peut, d'autre part, exciper du droit de Primus qui a été reconnu propriétaire à son exclusion, parce que c'est un tiers, et que s'il en exceptait, Tertius n'aurait

(1) MERLIN, Quest., v° *Religionnaires (biens des)*, § 2.

qu'à invoquer le second jugement qui évince à son profit Primus lui-même.

De là, nous concluons que lorsqu'un second jugement a reconnu l'existence de certains droits en faveur d'une partie contre une autre, qui avait précédemment fait reconnaître en sa faveur l'existence des mêmes droits contre un tiers, ce tiers ne peut plus, sans une cause nouvelle, intenter aucune action contre la partie qui, en définitive, a gagné son procès. Comme il a été antérieurement déclaré sans droits sur la chose qui fait le sujet de sa seconde demande, il se trouve désormais dans l'impuissance d'agir par défaut d'intérêt et de qualité. Ainsi se trouve clos le cercle des actions, et ce n'est pas dans un autre sens que nous avons dit plus haut que les jugements rendus en faveur du possesseur de fait ou propriétaire putatif, profitaient à celui qui finissait par être reconnu propriétaire véritable de la chose.

138. Lorsqu'il n'y a pas identité juridique des parties, ainsi que nous venons de l'expliquer, le jugement intervenu ne peut être invoqué ou opposé dans la seconde instance comme ayant l'autorité de la chose jugée. Et l'on doit considérer ici comme tiers ceux qui, dans la première instance, n'ont été ni personnellement parties, ni représentés, bien qu'il existe quelques rapports ou liens juridiques entre eux et ceux qui ont été parties dans le jugement antérieur.

Tels sont les cohéritiers, les copropriétaires, les coéranciers, les codébiteurs, demandeurs ou défendeurs, lorsque l'obligation est simplement conjointe, sans solidarité, et qu'il s'agit d'une chose non indivisible. Le jugement rendu avec l'un d'eux seulement ne peut ni profiter ni préjudicier aux autres, quelle que soit d'ailleurs, dans la seconde instance, l'identité de la cause (1).

On peut même dire avec exactitude que l'objet de la contes-

(1) L. 22, *ff. De except. rei jud.*—Pothier, n° 58.—Toullier, t. 10, n°s 195, 204. — Zachariæ, t. 5, pag. 767. — Duranton, t. 13, n°s 515, 523.

tation n'est plus le même, par suite du changement des personnes, bien qu'il y ait à résoudre la même question; *etsi eadem quæstio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit* (1). Car la divisibilité de la chose fait que chacun ne demande ou n'est poursuivi que pour sa part, de telle sorte que le défaut d'identité de parties concourt ou même se confond avec le défaut d'identité d'objet.

139. Il n'y a point exception à ce principe général dans le cas de vérification d'écriture ou de signature, ni dans celui de faux incident. L'écriture ou la signature a-t-elle été légalement tenue pour reconnue contradictoirement avec l'un des héritiers ou ayants-cause du souscripteur; le jugement n'aura l'autorité de la chose jugée qu'à l'égard de cette partie seulement, et il ne pourra être opposé aux autres intéressés qui sont des tiers. Toutefois, si aucune circonstance n'en limite la portée, cette vérification s'applique à l'acte tout entier, et le jugement qui la consacre s'oppose à ce que la partie contre laquelle il a été rendu, conteste désormais l'écriture ou la signature, au sujet de l'exécution d'une autre clause de l'acte. Car cette vérification totale est l'objet même du litige (2).

Que si l'écriture ou la signature n'a pas été judiciairement tenue pour avérée, la partie contre laquelle ce premier jugement a été rendu pourra, néanmoins, se prévaloir de la pièce contre ceux des héritiers ou ayants-cause du souscripteur qui n'y ont point été parties.

De même, en cas de faux incident, le jugement qui aura déclaré sincère la pièce arguée, ne fera pas obstacle à ce que ceux qui n'ont point été parties dans l'instance s'inscrivent eux-mêmes en faux (3).

Enfin, si, sur une inscription de faux incident, un jugement a déclaré la pièce fausse, cette décision ne profitera qu'à ceux

(1) L. 22, *ff. ibid.* — POTHIER, *ibid.*
(2) TOULLIER, T. 8, n° 238.
(3) BONCENNE, T. 4, pag. 42.

en faveur desquels elle a été rendue. Vainement voudrait-on se prévaloir des dispositions de l'article 241, C. pr., pour prétendre qu'elle doit nécessairement profiter à tout le monde, c'est-à-dire aux tiers. Car si cet article autorise le tribunal à ordonner la suppression, la lacération ou la radiation en tout ou en partie de la pièce jugée fausse, il ne s'ensuit pas qu'il ne doive point se concilier avec l'article 1351 (1).

140. Réciproquement, les jugements rendus en matière de faux incident ou de vérification d'écriture et de signature, en faveur ou au préjudice de l'un des créanciers simplement conjoints, ou de l'un des héritiers ou ayants-cause du créancier, ne profiteront ou ne préjudicieront qu'à lui, sans qu'ils puissent être invoqués par les autres, ou leur être opposés. Il n'y a pas, en effet, identité de parties.

141. Pour que les parties soient réputées les mêmes, il ne suffit pas d'une identité nominale. Il faut que la demande soit formée par elles et contre elles en la même qualité (1351). C'est cette identité de la qualité en laquelle elles procèdent qui constitue leur identité juridique, et souvent même l'identité de cause.

Ainsi, le jugement rendu avec une personne qui a agi comme administrateur ou mandataire, au nom d'autrui, n'a pas l'autorité de la chose jugée pour ou contre elle dans l'instance qu'elle introduit plus tard en son nom personnel (2), ou au nom d'un autre.

Réciproquement, le jugement rendu avec celui qui a agi en son nom personnel ne peut être invoqué par lui ni lui être opposé, lorsqu'il soutient la seconde instance comme mandataire d'un tiers qui n'a pas été partie dans la première, ou comme exerçant les droits de son débiteur (3).

(1) *Contrà*, BONCENNE, T. 4, pag. 41.

(2) TOULLIER, T. 10, n° 213.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 780.—DURANTON, T. 13, n° 499. — Cass., 21 déc. 1841. SIREY, 42, 1, 65. — 28 août 1849. SIREY, 50, 1, 49.

(3) Cass., 4 juill. 1854. SIREY, 54, 1, 785.

Il y a également diversité de qualités lorsque, après avoir soutenu une contestation en mon nom personnel ou en qualité d'héritier de mon père, j'agis ou suis poursuivi plus tard du chef d'un autre, par exemple, en qualité d'héritier de ma mère ou de mon oncle. Il n'y a point chose jugée pour ou contre moi (1).

Ainsi encore, le maître renvoyé de la demande formée contre lui, comme civilement responsable du fait de son domestique, peut ensuite être poursuivi directement en réparation du même dommage. Alors il est pris en une qualité différente (2).

142. On ne doit pas enfin considérer indistinctement comme ayant été parties dans une instance, respectivement les uns envers les autres, tous ceux qui y ont été appelés. Pour être réputé partie, il faut avoir pris soi-même des conclusions, et avoir eu à répondre à des conclusions adverses. Nul n'est partie s'il n'y a eu débat, contestation à son égard, et il n'est réputé tel que par rapport à celui ou à ceux avec lesquels il a été en litige. Pour être parties respectivement, il faut être adversaires, et c'est seulement à l'égard de ceux qui ont ainsi figuré en cause que le jugement a l'autorité de la chose jugée.

Si, au contraire, il n'y a pas eu de conclusions prises de l'un à l'autre, s'il n'y a pas eu de débat lié entre eux, le jugement ne passera point, en ce qui les concerne, en force de chose jugée, bien que, dans leurs rapports avec d'autres parties en cause, il ait ce caractère. C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque des créanciers solidaires ou conjoints réclament le payement d'une dette, ou que des débiteurs solidaires ou conjoints sont poursuivis en payement. Le jugement qui statue a bien l'autorité de la chose jugée en tant qu'il prononce sur la contestation engagée entre eux d'une part, et leur adversaire de l'autre. Mais il n'y a rien de jugé entre eux quant à la répartition de la créance ou de la dette commune, s'ils n'ont pris

(1) Zachariæ, *ibid.* — Duranton, t. 13, n° 500. — Cass., 7 messidor an VII. Sirey, 1, 1, 222. — 3 mai 1841. Sirey, 41, 1, 391.
(2) Cass., 17 déc. 1839. Sirey, 40, 1, 454.

respectivement des conclusions sur ce chef de débat particulier. Ils pourront donc plaider plus tard entre eux sur la quotité que chacun doit prendre ou subir dans la créance ou dans la dette commune.

De même, des héritiers sont poursuivis en payement d'une dette de l'hérédité; le jugement qui les y condamne en cette qualité acquiert bien l'autorité de la chose jugée comme portant condamnation contre eux envers leur adversaire. Mais il n'y aura rien de jugé entre eux sur la qualité d'héritier, sur les questions d'acceptation bénéficiaire (1) ou de renonciation, sur la faculté d'accepter ou de renoncer, s'ils n'ont pris respectivement les uns envers les autres des conclusions sur ce point, et s'ils n'ont engagé, comme adversaires, de débat à cet égard. Toutes questions concernant les qualités de successible, d'héritier acceptant ou renonçant, demeurent donc entières, sans qu'il y ait rien de jugé sous ce rapport.

143. Dans les explications que nous avons présentées jusque-là sur le principe et les conditions de la chose jugée, nous avons dû nécessairement indiquer quelques-uns de ses effets légaux. Quels qu'ils soient, ils sont tous fondés sur la présomption de la loi qui fait que la chose jugée est réputée la vérité même; *res judicata pro veritate accipitur* (2).

Cette présomption de vérité et de justice, fondée plutôt sur la considération de l'ordre public et de l'intérêt général que sur la fiction de l'infaillibilité du juge, a pour premier effet de consacrer d'une manière définitive et irréfragable la décision qui a été expressément ou virtuellement rendue. Quelque injustes, iniques et absurdes même qu'en soient les dispositions, il suffit qu'il y ait chose jugée. Son autorité couvre tout; autorité formidable que le juge doit se remettre constamment sous les yeux, dans l'exercice de ses fonctions, afin de mieux se pénétrer de l'importance de ses devoirs.

Toutefois, la présomption de vérité sur laquelle se fonde la

(1) Cass., 20 avril 1831. Sirey, 31, 1, 166.
(2) L. 207, *ff. De reg. jur.*

force de la chose jugée finit par s'effacer elle-même lorsque, par suite d'un recours extraordinaire, le jugement vient à être plus tard rétracté, cassé ou annulé. Mais jusque-là l'autorité de la chose jugée qui s'y attache produit tous ses effets.

144. Le jugement passé en force de chose jugée opère novation dans le droit ou l'obligation dont il déclare l'existence; *novatur judicati actione prior contractus* (1). Un droit et un engagement nouveaux se substituent à ceux qui sont ainsi reconnus, ou plutôt ces derniers empruntent un nouveau caractère à leur reconnaissance en justice. Il en résulte une obligation qui a pour cause la chose jugée, *quæ ex causâ judicati descendit* (2); ou, mieux encore, une obligation qui n'est autre que le lien de droit produit par la chose jugée, *judicati velut obligatio* (3). Car, ainsi que le dit Ulpien (4), on contracte en jugement de même qu'en convention, *nam sicut stipulatione contrahitur... ita judicio contrahi.*

Mais cette novation ne ressemble point à celle des articles 1271 et suivants. Elle ne produit point l'extinction de l'obligation; loin de là, elle la confirme. Car, dit Paul (5), en exerçant une action en justice, nous ne faisons pas notre condition pire, mais nous la faisons meilleure; *neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem.* Cette novation a donc seulement pour résultat de faire que le jugement constitue désormais la cause de l'obligation, et que la chose jugée lui tient elle-même lieu de cause.

145. En même temps que le jugement forme ainsi un nouveau titre, il donne lieu à une action particulière qu'il fortifie de sa pleine force exécutoire. Cette action, qui tend à pour-

(1) L. 3, C. *De usur. rei jud.*
(2) L. 4, § 7, *ff. De re jud.* — L. 8, § 3, *ff. De novat.* — L. 13, C. *De usuris.*
(3) L. 3, § 11, *ff. De pecul.*
(4) L. 3, § 11, *ff. ibid.*
(5) L. 29, *ff. De novat.*

suivre l'exécution des engagements qu'il reconnaît, est l'action de chose jugée, *actio judicati*.

Comme l'autorité de la chose jugée présente toujours les mêmes caractères, l'action qui en résulte reste invariablement la même, quelque différence qu'il y ait dans l'objet, la cause et la nature de l'obligation qui a fait le sujet du jugement. C'est toujours la même action de chose jugée.

146. Il suit encore de la novation produite par le jugement que cette action est soumise à la même prescription, c'est-à-dire à la prescription ordinaire de trente ans, dans le cas même où la créance qui a fait le sujet de la condamnation est prescriptible par un moindre laps de temps.

C'est ainsi que les actions relatives aux lettres de change se prescrivent par cinq ans à compter du jour du protêt ou de la dernière poursuite juridique, s'il n'y a eu condamnation (189, C. comm.). C'est-à-dire que si une condamnation est intervenue, l'action qui en découle n'est désormais prescriptible que par trente ans. Cette disposition du Code de commerce ne fait que consacrer par une application particulière un principe général.

147. Tout jugement produit, outre l'action *judicati*, une exception spéciale, appelée de même *exceptio judicati*, ou *rei judicatæ*. Cette exception produit elle-même une fin de non recevoir contre toute demande qui, directement ou indirectement, par voie d'action principale ou d'exception, aurait pour but de renouveler la contestation déjà souverainement jugée, et de remettre en question, pour le tout ou pour partie, la chose qui a fait entre les parties litigantes l'objet d'un jugement antérieur.

Et telle est la vertu de cette exception, qu'elle couvre tout ce que le droit consacré par ce jugement passé en force de chose jugée peut avoir, dans son principe, d'irrégulier, d'inefficace ou d'impur. Ainsi, le débiteur condamné ne peut arguer d'usure l'obligation qu'il doit acquitter, après que sa validité

et sa sincérité ont été reconnues, même sans aucune contestation de sa part (1)

De même, l'autorité de la chose jugée couvre et efface le vice résultant de l'inaliénabilité des biens dotaux, soit que le jugement ait directement prononcé, après débat, que la chose n'était pas dotale (2), ou qu'il ait sanctionné, sans contestation, même dans un règlement d'ordre, l'aliénation de la dot (3).

148. La chose jugée constitue des droits acquis en faveur de toutes parties. Il s'ensuit que la partie qui a gagné son procès ne peut renoncer au bénéfice du jugement, pour introduire de nouveau la même demande, et le juge ne peut, sans excès de pouvoir, se ressaisir de la contestation déjà décidée par un premier jugement passé en force de chose jugée (4).

149. L'exception qui en résulte a lieu, soit que le jugement ait prononcé l'absolution ou la condamnation du défendeur. Toutes parties sont également admises à s'en prévaloir, et il n'y a pas à distinguer entre celle qui a triomphé dans sa demande et celle qui y a succombé (5). Tout jugement passé en force de chose jugée les lie, en effet, d'une manière irrévocable, comme ferait un contrat; il fixe leur situation commune d'une manière définitive, et les résultats qu'il consacre sont acquis aussi bien à celle qui a obtenu gain de cause qu'à celle contre laquelle il a été rendu. Cette dernière ne peut donc être dépouillée, malgré elle et sans son consentement, du droit de s'en prévaloir, par le désistement ou la renonciation de son adversaire.

C'est par application de ce principe que nous avons décidé (6),

(1) Cass., 27 mai 1840. Sirey, 40, 1, 620. — 13 avril 1841. Sirey, 41, 1, 637.
(2) Cass., 26 nov. 1822. Sirey, 49, 1, 641, en note.
(3) Cass., 15 mai 1849. Sirey, 49, 1, 641.
(4) Cass., 22 avril 1850. Sirey, 50, 1, 614.
(5) Zachariæ, t. 5, pag. 801.
(6) 1125, n° 12.

contrairement à la loi romaine (1), que le mineur qui a obtenu la rescision d'un contrat de vente pour cause d'incapacité ou de lésion, ne peut ensuite, sans le concours de l'autre partie, renoncer au bénéfice de ce jugement, pour se dispenser de rendre le prix qu'il a reçu.

La Cour de cassation (2) a également jugé, en conséquence, que la partie qui avait fait prononcer l'annulation d'un acte de partage ne pouvait, si la renonciation au bénéfice du jugement n'était acceptée par son adversaire, demander que le partage annulé reprît toute sa force et reçût son exécution. Ce serait, autrement, porter atteinte aux effets irrévocables de la chose jugée, et enlever à une partie, malgré elle et pour des causes non autorisées par la loi, les avantages qui lui sont privativement acquis comme résultant d'une décision judiciaire.

150. Mais rien ne s'oppose à ce que la partie qui a obtenu gain de cause renonce, en faveur de l'autre partie et en ce qui la concerne personnellement, au bénéfice de la chose jugée. Le jugement qui reconnaît à son profit l'existence d'un droit ou d'une obligation, ou qui déclare à son avantage l'inexistence, la nullité, l'inefficacité ou l'extinction d'une obligation prétendue contre elle, ne laisse pas moins subsister une obligation naturelle à laquelle elle est libre de satisfaire. Elle pourra donc, nonobstant la chose jugée, renoncer au droit reconnu en sa faveur, faire remise de la créance déclarée, ou payer la dette dont elle a été judiciairement déchargée. Il n'y a, en effet, que de trop nombreux exemples de jugements fondés sur l'injustice ou l'erreur, et, lors même que la décision du juge est basée sur le droit rigoureux et strict, elle fait place encore aux devoirs d'honnêteté et de conscience.

151. Si l'exception résultant de la chose jugée est opposable par toutes parties, soit en première instance, soit en appel,

(1) L. 41, *ff. De minor.*

(2) 11 mai 1846. SIREY, 46, 1, 691.

elle ne peut cependant pas être suppléée d'office par le juge (1).

Cette question ne doit pas être confondue avec celle de savoir si le juge d'appel peut d'office suppléer l'exception résultant, soit de l'expiration des délais fixés pour appeler (2), soit de ce que le jugement a été rendu en dernier ressort (3). Dans ce dernier cas, il est généralement reconnu que l'exception de l'appel tardif ou du dernier ressort peut être suppléée d'office. La juridiction d'appel est, en effet, réellement incompétente pour réviser le jugement qui est ainsi passé en force de chose jugée; et cette incompétence tenant à l'ordre même des juridictions, lequel intéresse l'ordre public, elle doit la déclarer d'office, comme toute autre incompétence *ratione materiæ*.

Lorsqu'il s'agit, au contraire, de l'exception tirée de la chose jugée, la partie qui est en droit de l'invoquer peut y renoncer; et cette renonciation, soit qu'elle résulte de son seul silence ou qu'elle soit formellement exprimée, ne concernant que des intérêts privés, le juge ne peut ni la suppléer d'office, ni l'opposer d'autorité. Nous ajoutons que cette dernière exception a cela de particulier : c'est qu'elle a pour objet d'assurer le maintien du jugement antérieur, rendu dans une autre instance, en empêchant de reproduire le même débat en justice, tandis que l'exception tirée de l'appel tardif ou du dernier ressort a pour but de faire reconnaître, dans la même instance, comme étant passé en force de chose jugée, le jugement même qui est attaqué par la voie de l'appel. Enfin, si, dans ce dernier cas, le juge peut facilement vérifier son incompétence

(1) MERLIN, Rép., v[is] *Chose jugée*, § 20. — TOULLIER, T. 10, n[os] 74 et 75. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 802.

(2) TROPLONG, *Prescript.*, n° 51. — MERLIN, Quest., v° *Appel*, § 9, qui s'est rétracté depuis, Rép., v° *Appel*. — Cass., 7 août 1849 et 2 avril 1850. SIREY, 50, 1, 417. — *Contrà*, MERLIN, Rép., v° *Appel*. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 1595 et 1612 *ter*. — NICIAS GAILLARD, *Réquisitoire*. — SIREY, 50, 1, 417.

(3) MERLIN, Quest., v[is] *Dernier ressort*, § 26, et Quest., v° *Appel*, § 9. — TALANDIER, *Appel*, n° 65. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 1633. — Cass., 29 mai 1850. SIREY, 50, 1, 436. — 10 janv. 1854. SIREY, 54, 1, 135. — *Contrà*, Cass., 16 déc. 1846. SIREY, 47, 1, 191.

par la supputation des délais ou l'examen du chiffre de la demande, il ne lui est pas aussi facile, lorsqu'il s'agit de l'exception de chose jugée, d'en vérifier d'office les diverses conditions, sous le triple rapport de l'identité d'objet, de cause et de parties.

152. L'exception tirée de la chose jugée n'étant point d'ordre public, et pouvant être couverte par le silence des parties, il s'ensuit qu'elle ne peut être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation, soit comme moyen de cassation fondé sur la violation prétendue de la chose jugée (1), soit comme fin de non recevoir contre le pourvoi et comme moyen de justification de l'arrêt attaqué, lequel est fondé sur des motifs autres que la chose jugée (2).

153. Mais si elle a été invoquée par l'une ou l'autre des parties, et que le juge n'y ait pas fait droit, comme alors il y a violation des articles 1350 et 1351, il est permis de se pourvoir en cassation. Peu importe que la contrariété de décisions résulte de jugements rendus en dernier ressort par des tribunaux différents ou par le même tribunal; il n'y en a pas moins, dans l'un et l'autre cas, ouverture à cassation, et l'instance est poursuivie et jugée conformément aux lois particulières à la Cour de cassation.

Si l'article 504, C. pr., semble supposer par ses termes que la contrariété de jugements rendus en dernier ressort, entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens, ne donne ouverture à cassation que lorsque ces jugements ont été rendus en différents tribunaux, alors même que l'exception de chose jugée n'a pas été proposée lors du dernier jugement, c'est uniquement par suite d'un vice de rédaction inexacte et incomplète.

(1) Merlin, Rép., v° *Chose jugée*, § 20. — Zachariæ, t. 5, pag. 802. — Cass., 3 mai 1837. Sirey, 37, 1, 718. — 25 mai 1840. Sirey, 40, 1, 631. — 17 nov. 1840. Sirey, 41, 1, 155. — 29 déc. 1841. Sirey, 42, 1, 213. — 5 déc. 1842. Sirey, 43, 1, 27. — 16 mars 1843. Sirey, 43, 1, 177. — 16 nov. 1853. Sirey, 54, 1, 771.

(2) Zachariæ, *ibid.* — Cass., 19 mars 1814. Sirey, 14, 1, 301.

En admettant le pourvoi en cassation dans le cas particulier qu'il détermine, il ne l'exclut point dans l'autre. Aussi, de nombreuses décisions ont-elles été cassées pour violation de la chose jugée, alors qu'elles émanaient de la même juridiction qui avait rendu le premier jugement, duquel on faisait résulter la chose jugée et l'exception qu'elle produit (1).

154. Le second jugement qui viole la chose jugée est même soumis à cassation, quoique le précédent jugement ait été depuis annulé par la Cour de cassation. Car, au moment où la décision attaquée a été rendue, la première subsistait dans toute sa force, et c'est à ce moment qu'il faut se reporter pour voir s'il y a eu violation ou non de la chose jugée. Autrement, on attribuerait en réalité au pourvoi en cassation un effet suspensif qu'il ne comporte pas, puisqu'on ferait dépendre la régularité de la décision attaquée comme violant la chose jugée, d'un fait éventuel et incertain, c'est-à-dire du succès du pourvoi dirigé contre la première décision (2).

155. Lorsqu'un second jugement a été cassé et annulé comme violant la chose jugée, c'est le premier qui l'emporte et doit être exécuté. Il fait la loi des parties. En cas qu'il soit jugé, porte le règlement de 1738, partie 1, titre 6, article 6, qu'il y a contrariété entre les deux arrêts ou jugements, il sera ordonné que, sans s'arrêter au dernier, le premier sera exécuté suivant sa forme et teneur. C'est ce que fait la Cour de cassation, puisque l'article 504, C. pr., la charge de décider, conformément aux lois qui lui sont particulières, sur les pourvois formés pour cause de contrariété d'arrêts ou de jugements, pourvu, bien entendu, que l'exception ait été proposée dans la dernière instance (3).

(1) MERLIN, Quest., v° *Chose jugée*, § 2. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 80, n[te] 115.—Cass., 8 avril 1812. SIREY, 12, 1, 360.—18 déc. 1815. SIREY, 16, 1, 205. — 17 nov. 1835. SIREY, 36, 1, 133. — 17 août 1841. SIREY, 42, 1, 34.

(2) Cass., 17 nov. 1835. SIREY, 36, 1, 133.

(3) MERLIN, Quest., v° *Contrariété de jugements*, § 2.

156. La contrariété de jugements en dernier ressort donne encore ouverture à requête civile. Mais les conditions de ce mode de recours extraordinaire diffèrent de celles auxquelles est subordonné le pourvoi en cassation. Les jugements contradictoires rendus en dernier ressort par les tribunaux de première instance et les Cours, et les jugements par défaut rendus aussi en dernier ressort et qui ne sont plus susceptibles d'opposition, peuvent être rétractés sur la requête de ceux qui y ont été parties ou dûment appelés, notamment s'il y a contrariété de jugements en dernier ressort, entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens, dans les mêmes Cours et tribunaux (480, n° 6, C. pr.). Et cette voie de requête civile est ouverte quoique l'exception de chose jugée n'ait pas été opposée dans la seconde instance.

Lorsque la requête civile est entérinée pour raison de contrariété de jugements, le jugement qui intérine la requête civile ordonne que le premier jugement sera exécuté selon sa forme et teneur (501, C. pr.). Or, nous trouvons ici un argument à l'appui de ce que nous venons de dire des effets de la cassation, lorsque le dernier jugement est attaqué et annulé pour violation de la chose jugée, dont l'exception avait été proposée et rejetée dans la seconde instance. Car, ainsi que le dit M. Merlin (1), la requête civile est, pour la contrariété d'arrêts rendus par la même Cour, l'équivalent de ce qu'est la cassation pour la contrariété d'arrêts rendus par des Cours différentes, et nous ajoutons, ou par les mêmes Cours, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, l'exception résultant de la chose jugée ait été proposée lors du dernier arrêt, et à tort rejetée par le juge.

157. Si le premier jugement ou arrêt l'emporte lorsque le second a été cassé sur pourvoi en cassation ou rétracté sur requête civile, il en est autrement lorsque le dernier jugement ou arrêt n'est plus susceptible d'être attaqué par aucune de ces voies extraordinaires de recours. « D'après une jurispru-

(1) Merlin, Quest., v° *Contrariété de jugements*, § 2.

dence constante, dit la Cour de cassation dans un arrêt du 27 juillet 1813 (1), le dernier arrêt fait irrévocablement la loi des parties, lorsqu'il n'a pas été attaqué dans le délai à compter de la signification faite à personne ou domicile, sans qu'on puisse se prévaloir d'un arrêt antérieur contraire. »

Cet arrêt doit, en effet, être réputé non avenu du consentement tacite des parties, puisqu'elles ont négligé d'en assurer l'autorité, comme chose souverainement jugée, au moyen de l'exception qui en résultait en leur faveur, et des voies de recours qui leur étaient ouvertes. La contrariété existant entre les deux décisions, également passées en force de chose jugée, et également inattaquables par tout recours ordinaire ou extraordinaire, emporte virtuellement abrogation de la première par la seconde. Cette dernière subsiste seule.

158. Dans le doute sur l'existence de toutes les conditions voulues pour qu'il y ait chose jugée, le juge doit rejeter l'exception. Car, c'est à celui qui l'invoque à l'établir, et, s'il ne fait pas cette preuve, il doit être débouté de la fin de non recevoir qu'il oppose (2).

159. La chose jugée ne saurait être rétractée sous le prétexte que celui qui a succombé aurait découvert de nouvelles pièces depuis le jugement, *nova instrumenta causæ suæ repperisset* (3). Quelque décisives que soient ces pièces, leur découverte ne donne lieu qu'à requête civile, si elles ont été retenues par le fait de la partie, conformément à l'article 480, n° 10, C. pr., à moins qu'elles ne constituent une nouvelle cause d'action.

160. L'autorité de la chose jugée ne peut être détruite, sans violer le principe de la non rétroactivité des lois, par une loi interprétative, postérieure au jugement, et de laquelle il ré-

(1) Dalloz, v° *Chose jugée*, n° 14.

(2) Toullier, t. 10, n° 157.

(3) L. 27, *ff. De except. rei jud.* — L. 4, C. *De re jud.* — Toullier, t. 10, n° 124. — Merlin, Rép., v° *Succession*.

sulterait qu'il a été fait dans la décision rendue une fausse application de la loi interprétée (1). La chose jugée constitue alors un droit irrévocablement acquis.

161. Quelle que soit l'autorité de la chose jugée, et quelque obstacle qu'elle apporte à ce qu'on remette en controverse les points qui ont été décidés par un premier jugement passé en force de chose jugée, cependant, les simples erreurs de calcul, dont les moyens de rectification se trouvent dans le jugement même qui les contient, peuvent toujours être réparées. Par exemple, le juge, attendu qu'il est constant que Titius doit à Séius, d'une part, cinquante, et de l'autre, vingt-cinq, condamne Titius à payer à Séius cent (2). La loi romaine autorisait le juge à rectifier lui-même sa sentence, sans qu'il fût besoin d'appeler dans ce cas, l'erreur de calcul étant toujours réparable (3).

L'ordonnance de 1667, titre 29, article 21, portait également que s'il y a des erreurs, omissions de recettes ou faux emplois, les parties pourront en former leurs demandes ou interjeter appel de la clôture des comptes. Les dispositions de l'article 541, C. pr., ne sont pas conçues dans un autre sens. « Il ne sera procédé, dit-il, à la révision d'aucun compte, sauf aux parties, s'il y a erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, à en former la demande devant les mêmes juges. »

Mais ce recours en révision devant les mêmes juges, sans prendre la voie de l'appel, et quoique le jugement rendu sur le compte soit passé en force de chose jugée, n'a lieu que tout autant que le jugement contient lui-même la preuve des erreurs, omissions, faux ou doubles emplois prétendus, ainsi que le moyen de les rectifier. Autrement, l'autorité de la chose jugée fait obstacle à toute révision du compte, quelque évidentes que soient d'ailleurs les erreurs qu'il renferme, s'il n'en fournit lui-même dans son contexte virtuellement la rectifica-

(1) MERLIN, Quest., v° *Chose jugée*, § 8. — Cass., 13 brumaire an IX.
(2) L. 1, § 1, ff. *Quæ sentent. sine appell. rescind.*
(3) L. un., C. *De errore calculi.*

tion. Ce serait rendre les procès interminables, si, sous prétexte de compte, on remettait ainsi en question la chose jugée; *res judicatæ si sub prætextu computationis instaurentur, nullus erit litium finis* (1). Telle est, suivant nous, la seule manière de concilier les dispositions de l'article 541, C. pr., avec les principes de la chose jugée (2).

Il est, du reste, évident que si l'erreur de calcul prétendue avait été l'objet d'une transaction ou d'un jugement, la loi du contrat ou la force de la chose jugée ferait obstacle à ce qu'elle fût proposée de nouveau.

Quant aux autres erreurs qui peuvent se rencontrer dans le dispositif du jugement, et qui ne constituent point de simples erreurs de calcul, elles sont irréparables, et voici comment : Aussitôt que le juge a prononcé sa décision, il cesse d'être juge, ses pouvoirs sont épuisés, et il n'a plus le droit de rien retrancher, ajouter ou modifier de sa sentence. Elle échappe à toute modification de sa part, soit en plus, soit en moins, à moins qu'il ne le fasse instantanément, au moment même où il la prononce, afin de rectifier une erreur, de corriger une inadvertance, de réparer une omission, ou de compléter sa décision dans ce qui en est une suite directe et un complément nécessaire. Hors de là, il n'est plus maître de son jugement; une fois pour toutes, il a bien ou mal jugé, *semel enim benè seu malè officio functus est* (3). L'erreur qui se trouve dans le dispositif, en qui réside la chose jugée, ne peut donc désormais être réparée par le juge. Et il en est ainsi des simples omissions de statuer (4).

Vainement prétendrait-on en poursuivre la réparation, sous le prétexte qu'il s'agit seulement d'interpréter. Du moment

(1) L. 2, C. *De re jud.*

(2) Voy. MERLIN, Quest., v° *Compte*, et Rép., v° *Jugement*, § 3, n° 5. — FAVARD, v° *Compte*, § 3, n° 5. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 1886 et 1887.

(3) L. 55, *ff. De re jud.* — TOULLIER, T. 10, n° 128. — MERLIN, Rép., v° *Jugement*, § 3, n° 4.

(4) Cass., 28 avril 1852. SIREY, 52, 1, 414.

que le dispositif ne présente, quant à l'erreur ou l'omission alléguée, ni obscurité ni ambiguité dans ses termes, l'interprétation n'a aucune raison d'être, et n'est qu'un prétexte pour violer le principe de l'irrévocabilité de la chose jugée. Il importe même peu que les qualités et les motifs du jugement concourent à démontrer l'existence de l'erreur, si le dispositif n'a en lui-même rien d'obscur ni d'ambigu. Car la rectification de l'erreur prétendue ne peut, en aucun cas, avoir lieu sans altérer la décision dans ce qui en constitue la substance (1).

La partie qui se plaint de l'erreur ou omission doit donc, pour en obtenir la réparation, se pourvoir contre le jugement par l'une des voies de recours ordinaires ou extraordinaires que la loi autorise. Et, si ces voies lui sont fermées, elle aura, suivant les circonstances, la ressource extrême d'une inscription de faux contre la minute du jugement, par exemple, lorsque, par erreur, inadvertance ou fraude, la décision aura été transcrite sur les registres du greffe autrement qu'elle n'a été prononcée. La proposition d'erreur, ainsi produite sous la forme d'une inscription de faux, aura dès lors pour objet, non pas d'attenter à l'autorité de la chose jugée, mais au contraire d'en assurer le maintien en la rétablissant dans toute sa vérité. Tous moyens de preuve seront en même temps admissibles, et le jugement lui-même pourra fournir, dans les motifs et les qualités, les premiers éléments de rectification.

Mais si les juges, aussitôt qu'ils ont prononcé leur jugement, ont épuisé leur juridiction, et s'ils ne peuvent plus connaître de l'affaire qu'ils ont une fois jugée, c'est un point également hors de doute qu'ils ont le droit d'interpréter leur sentence, puisqu'alors ils ne font que maintenir les dispositions de la chose jugée, en expliquant leur véritable sens et en développant leur signification réelle (2). Ils violeraient, au contraire, l'autorité de la chose irrévocablement jugée, si, sous prétexte d'interprétation, et alors que, en réalité, il n'y a rien à inter-

(1) Bordeaux, 27 fév. 1856. Sirey, 56, 2, 636.

(2) Cass., 10 juill. 1817. Sirey, 18, 1, 344. — 1er mars 1842. Sirey. 42, 1, 352.

prêter, la décision ne présentant ni équivoque ni obscurité, ils corrigeaient, réformaient et modifiaient d'une manière quelconque cette décision définitivement passée en force de chose jugée (1).

162. Peut-on, sans porter atteinte à l'autorité de la chose jugée, opposer, après condamnation, l'exception de payement résultant, par exemple, d'une quittance que l'on aurait retrouvée depuis; ou, en d'autres termes, peut-on, après avoir été condamné au payement d'une obligation, être admis à prouver qu'on avait payé, ou qu'on était libéré de toute autre manière, avant même le jugement de condamnation, sans toutefois l'attaquer, ni en demander la rétractation?

Cette question a été agitée sous l'ancien droit comme elle l'est sous le nouveau. Ainsi, Barthole soutenait que l'exception de payement ne peut plus être opposée après le jugement, tandis que d'autres jurisconsultes que cite M. Merlin (2) prétendaient que cette exception était encore recevable, comme étant simplement opposée à l'exécution du jugement, et ne portant d'ailleurs aucune atteinte à l'autorité de la chose jugée. Cette opinion était la plus commune.

On allait même plus loin, et l'on décidait (3) qu'un débiteur pouvait encore répéter comme indû ce qu'il avait payé, sans connaissance de cause, en exécution d'un jugement de condamnation, s'il venait plus tard à retrouver la quittance fournie par son créancier. Et Barthole convenait lui-même que le payement fait en vertu du jugement pouvait être répété par le débiteur, lorsque, depuis la condamnation, il avait retrouvé la quittance dont il avait inutilement excipé dans l'instance.

Du reste, une distinction était proposée (4), qui est aujourd'hui adoptée par les auteurs et consacrée par la jurisprudence.

(1) Cass., 10 avril 1837. SIREY, 37, 1, 293. — 1er mars 1842. SIREY, 42, 1, 352.

(2) Rép., v° *Payement*, n° 14.

(3) MERLIN, *ibid.* — RODIER, Ordonn. de 1667, tit. 35, art. 34.

(4) FAVRE, C. *De except. et præscript.*, déf. 2. — VOET, *Ad pand.*, *De except. rei jud.*

Si le débiteur n'a pas proposé lors du jugement de condamnation l'exception libératoire, dans ce cas il est recevable, même après le jugement de condamnation, à opposer la quittance qu'il a retrouvée. Il ne fait en réalité qu'invoquer une exécution anticipée, sans porter atteinte à la chose jugée. Par exemple, il peut se prévaloir, contre l'exécution de la décision, du bénéfice résultant en sa faveur d'une remise partielle qui lui aurait été antérieurement consentie par le créancier, bien que le jugement qui ne statue rien sur cette remise l'ait condamné au payement intégral de la somme réclamée (1).

Mais si l'exception de libération a été proposée, si elle a été l'objet d'un débat spécial, et qu'elle ait été rejetée, elle ne peut plus être invoquée après que le jugement de condamnation a passé en force de chose jugée, quelque incontestable que soit la quittance sur laquelle elle se fonde. Dans ce cas, en effet, l'exception n'a pas seulement pour but de paralyser l'exécution du jugement; elle attaque l'autorité même de la chose jugée. Car il a été décidé non seulement que la partie condamnée doit, mais encore qu'elle n'est pas libérée. Or, l'exception qu'elle propose, si elle était accueillie, aurait pour résultat de faire constater en sa faveur une libération totale ou partielle, contrairement à ce qui a été déjà souverainement jugé (2).

Tel serait le cas où le jugement aurait décidé, en rejetant une exception de compte à faire proposée par le débiteur, que ce dernier doit la somme de...; celui où le payement allégué ayant été dénié par le demandeur, il y a eu, tant sur le montant de la dette que sur les payements allégués, débat contradictoire entre les parties, et condamnation du débiteur à payer la somme de... Vainement, la partie condamnée prétendrait-elle opposer, sur l'exécution du jugement, les mêmes exceptions de compte à faire et de payements effectués, alors même qu'elle se fonderait sur des pièces recouvrées depuis le juge-

(1) MERLIN, Rép., v° *Succession*, sect. 1, § 2, art. 3. — TOULLIER, t. 10, n° 126 et 127. — DURANTON, t. 13, n° 471.

(2) MERLIN, TOULLIER, *ibid.*

ment de la contestation. Ces exceptions renouvelées tendent, en effet, à détruire l'autorité de la chose jugée (1).

Mais il ne faut pas confondre ce cas avec celui où le jugement, sans statuer sur la validité ou l'admissibilité de l'exception de libération, se serait borné à condamner le débiteur, attendu que les payements allégués ne sont pas justifiés légalement ou par écrit, que la libération prétendue n'est pas établie, que les quittances invoquées ne sont pas produites. Le jugement ne fait pas alors obstacle à ce que le débiteur rapporte plus tard les quittances qu'il a retrouvées. Car le jugement n'ayant rien décidé au fond sur l'efficacité des quittances, peut être interprété en ce sens qu'il condamne seulement à payer, dans les termes de droit, en deniers ou quittances, et l'on peut dire que la condamnation est prononcée sous cette condition : à moins que des quittances ne soient rapportées (2). C'est donc comme s'il contenait une réserve formelle en faveur du débiteur, quant au droit qu'il a d'opposer plus tard toutes exceptions de libération qu'il sera en mesure de justifier.

Il est prudent de demander que ces réserves soient expressément faites dans le jugement. La pratique en offre de fréquents exemples. Quelquefois même les tribunaux, lorsqu'ils les accordent, ont soin, pour ne pas laisser trop longtemps en suspens les effets de leur décision, de fixer un délai dans lequel les justifications des faits allégués doivent avoir lieu, passé lequel délai et de plein droit le jugement devra être exécuté, nonobstant toute production tardive de quittances.

Quant au droit de répétition de ce qui aurait été payé sans cause et par erreur, il correspond au droit d'opposer l'exception de libération. Toutes les fois que cette exception pourra être invoquée contre l'exécution du jugement, il y aura lieu également, à moins que le débiteur n'ait payé avec connaissance, à répétition de sa part de tout ce qu'il prouvera, par la production de quittances régulières, avoir payé par erreur et sans cause. Ainsi, lorsqu'un ordre a été clos sans que le débi-

(1) Cass., 29 juill. 1851. Sirey, 51, 1, 577.

(2) Duranton, t. 13, n° 474.

teur, ou toute autre partie en cause, ait excipé d'un payement antérieur pour faire réduire ou écarter la collocation de l'un des créanciers, et que, en conséquence, le règlement définitif ne constitue point l'autorité de la chose jugée sur un fait de payement qui n'a été l'objet d'aucun débat en justice, le débiteur peut exercer l'action en répétition pour ce qu'il a payé en trop, par suite de la collocation, sans qu'on puisse la repousser par l'exception de la chose jugée (1).

Réciproquement, il ne pourra répéter, à ce titre, ce qu'il aura payé, dans le cas où il ne pourrait plus opposer l'exception de libération résultant des quittances. Ne pouvant se dispenser de payer, à cause de la chose jugée, il ne pourra rien répéter. Le payement a alors sa cause dans le jugement de condamnation, quoiqu'il ait été rendu injustement.

163. Il n'est pas dans notre plan de traiter de la chose jugée au criminel. Sans entrer, à cet égard, dans des développements qui sont étrangers à la loi civile, il nous suffira de résumer quelques principes fondamentaux.

L'ordre public exige qu'en matière criminelle comme en matière civile, on ne puisse plus faire de la chose jugée l'objet d'un nouveau débat. Cette chose jugée existe lorsque la décision qui la contient n'est plus susceptible d'aucun recours, et ses éléments essentiels consistent dans l'identité de la personne poursuivie, et dans l'identité du fait incriminé. Comme cette dernière identité, en matière criminelle, correspond à la double identité de l'objet et de la cause en matière civile, on peut dire que la chose jugée se fonde, dans tous les cas, sur le concours de conditions semblables, indépendamment de la diversité des juridictions.

Soit que la décision de laquelle elle résulte ait prononcé le renvoi de la poursuite, l'acquittement, l'absolution ou la condamnation du prévenu, elle n'en est pas moins indistinctement définitive et irréfragable. L'infraction qui a fait l'objet de la poursuite ne saurait donner lieu à une nouvelle poursuite, en

(1) Cass., 24 avril et 14 juin 1854. Sirey, 55, 1, 533.

dehors des exceptions qui sont expressément déterminées par la loi criminelle. Ces effets essentiels de la chose jugée se traduisent ici dans la fameuse maxime, *non bis in idem*, maxime consacrée par les lois de tous les peuples civilisés, destinée à assurer le légitime respect dû aux oracles de la justice et à protéger la sécurité, la fortune, la vie, l'honneur des citoyens contre l'arbitraire, l'oppression et la tyrannie (1).

164. L'autorité de la chose jugée a même cela de particulier au criminel, que l'exception qu'elle produit contre toutes recherches et poursuites ultérieures, peut être opposée en tout état de cause, même pour la première fois devant la Cour de cassation, et qu'elle peut être suppléée d'office par le juge, comme tenant essentiellement à l'ordre public (2).

165. Mais il est un point sur lequel nous devons présenter des explications plus complètes ; nous voulons parler de l'influence réciproque de la chose jugée, au criminel ou au civil, sur les actions civiles ou criminelles.

En général, tout jugement rendu par une juridiction civile et passé en force de chose jugée, soit qu'il déclare ou dénie tel fait, tel droit, telle obligation, n'est appelé à exercer, à l'égard du ministère public, aucune influence sur l'action par lui intentée au criminel. La décision intervenue au civil produit bien, pour ou contre la partie privée, l'action ou l'exception de chose jugée, en ce qui concerne ses intérêts civils ; mais comme le ministère public est un tiers, lorsqu'il agit plus tard au criminel, dans l'intérêt de la vindicte sociale, la chose jugée au civil, quelle qu'elle soit, sauf le cas où elle est préjudicielle à l'action publique, ne peut lui être opposée, de même qu'il ne peut légalement s'en prévaloir, comme constituant le fondement juridique, soit de l'acquittement du pré-

(1) Voy. MANGIN, nos 392 et suiv. — HÉLIE, *Instr. crim.*, T. 3, pag. 535 et suiv.

(2) MANGIN, no 372. — HÉLIE, T. 3, pag. 539. — Cass., 12 juill. 1806. SIREY, 7, 2, 872.

venu, soit de sa condamnation. C'est une action toute différente, non seulement par la non identité des parties, mais encore par la diversité de sa cause et de son objet. Le débat reste donc entier entre le ministère public et le prévenu, quelque soit d'ailleurs en fait, mais en fait seulement, le préjugé qui résulte de la chose jugée au civil, soit en faveur ou au préjudice de l'action criminelle (1).

Ainsi, le jugement civil qui déclare une pièce vraie ne fait pas obstacle à une poursuite criminelle en faux, au sujet de la même pièce (2).

De même, le jugement qui a déclaré au civil le dépôt allégué non existant, n'empêche pas l'exercice de l'action publique pour violation de dépôt (3).

Ainsi encore, l'individu qui a été précédemment déclaré par la juridiction civile n'être pas en état de faillite, peut, néanmoins, être poursuivi et condamné pour banqueroute simple ou frauduleuse (4).

Enfin, le jugement qui a déclaré la faillite d'un individu ne fait pas obstacle à ce qu'au criminel, sur la poursuite en banqueroute, on débatte la qualité de commerçant (5).

C'est que le jugement rendu sur les intérêts civils des parties, par la juridiction civile, ne présente jamais au criminel le concours des conditions requises pour constituer la chose jugée, et qu'il ne modifie, ni dans leur indépendance, ni dans leur latitude, les pouvoirs de la juridiction criminelle.

166. Il convient toutefois de distinguer. Il existe en effet, en droit pénal, certaines questions appelées préjudicielles, dont la solution est préalable au jugement à rendre sur l'ac-

(1) Merlin, Rép., v° *Chose jugée*, § 15. — Toullier, t. 8, n° 30, et t. 10, n° 244. — Mangin, n° 420. — Hélie, t. 3, pag. 667 et suiv. — Cass., 28 nov. 1840. — Dalloz, v° *Chose jugée*, n° 540.

(2) Cass., 8 juill. 1813, 15 juill. 1842. Dalloz, n° 533.

(3) Limoges, 14 nov. 1844. Sirey, 45, 2, 177.

(4) Cass., 6 mars 1857. Sirey, 57, 1, 636.

(5) Cass., 23 nov. 1827. Sirey, 28, 1, 188. — Paris, 27 mars 1836. Dalloz, n° 534.

tion publique, parce qu'elles impliquent, de la part et en faveur du prévenu, une exception tendant à enlever au fait incriminé tout caractère délictueux.

Or, parmi ces questions préjudicielles, il en est quelques-unes dont la connaissance appartient exclusivement aux tribunaux civils, et d'autres qui peuvent leur être renvoyées par la juridiction criminelle, bien qu'elle soit compétente elle-même pour en connaître incidemment à la poursuite. Parmi celles qui ressortissent exclusivement à la juridiction civile, nous citerons d'abord les questions d'état. L'état des personnes est en effet essentiellement une question civile, quoiqu'il puisse être l'occasion d'infractions graves aux lois criminelles. Ainsi, les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état (326). L'action criminelle contre un délit de suppression d'état, ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état (327). La décision rendue sur cette question d'état par le juge civil liera donc le juge criminel.

De même, lorsque, sur une accusation de bigamie, le juge civil aura prononcé la validité ou la nullité du premier ou du second mariage, soit qu'on le considère ou non comme exclusivement compétent pour connaître de ces questions préjudicielles, le juge criminel sera tenu de conformer la poursuite dont il est saisi aux faits déclarés par le juge civil, sans qu'il puisse en répudier ou modifier la constatation judiciaire passée en force de chose jugée.

Ainsi encore, lorsque, sur une exception fondée par le prévenu sur un droit de propriété immobilière, ou tout autre droit réel, les tribunaux civils auront été appelés à statuer sur cette question, soulevée incidemment et par forme de défense à l'action criminelle, la décision rendue par eux sera obligatoire pour la juridiction répressive, lorsque la poursuite du délit sera reportée devant elle pour y recevoir jugement définitif. Le Code forestier, article 182, en contient une disposition expresse, et le principe qu'il pose à cet égard doit être généralisé, comme étant l'expression du droit commun.

Le juge criminel sera également lié par la décision de la juridiction civile, lorsque, au lieu de statuer lui-même, suivant son droit, sur l'exception tirée par le prévenu d'un droit de propriété mobilière, ou de tout autre droit personnel invoqué comme devant avoir pour résultat, en cas qu'il soit établi, d'enlever au fait incriminé tout caractère coupable, il a sursis à la poursuite et renvoyé au juge civil la connaissance de ces questions préjudicielles.

Dans ce cas, la chose jugée au civil exerce une influence décisive sur l'action criminelle, en ce sens que, si elle déclare et reconnaît comme légalement prouvé le fait sur lequel le prévenu a fondé son exception justificative, la juridiction répressive doit, en conséquence, le relaxer de la poursuite, et en ce sens encore que, si le fait ou le droit qui a servi de fondement à la question préjudicielle, a été déclaré non justifié par le juge civil, le juge criminel n'a plus à connaître et à décider que des autres éléments constitutifs du délit imputé. La décision préalable de la juridiction civile dispose ainsi les voies à la juridiction criminelle, et lui prépare, avec une autorité irréfragable, le premier élément de la décision qu'elle doit rendre sur le fait, objet de la poursuite, soit qu'il s'agisse d'acquitter ou de condamner le prévenu. Le civil emporte donc le criminel dans les questions préjudicielles; et cette influence de la chose jugée au civil, fondée sur la nature spéciale de l'un des éléments du délit, et sur les règles de la compétence propre de la juridiction qui a été appelée à en connaître, se manifeste d'une manière sensible par le sursis que le juge criminel doit ordonner à la poursuite pénale, et par la subordination qui en résulte de cette dernière action envers la première (1).

167. Quant au point de savoir en quels cas et sous quelles conditions il y a lieu à questions préjudicielles ; quelles sont

(1) MERLIN, Rép., v[is] *Chose jugée*, § 15. — Quest., v° *Faux*, § 6. — TOULLIER, T. 8 n° 30, et T. 10, n° 240. — MANGIN, n[os] 418 et suiv. — HÉLIE, T. 3, pag. 671.

celles dont la connaissance appartient exclusivement à la juridiction civile ; quelles sont celles au contraire qui, appartenant aussi à cette juridiction, peuvent néanmoins, incidemment à la poursuite, être décidées par la juridiction criminelle elle-même, l'examen de ces diverses questions est étranger à notre commentaire, et rentre dans celui de la législation pénale. Nous renvoyons donc, à cet égard, à l'excellente note de M. le président Barris, rédigée le 5 novembre 1813, avec l'adhésion unanime de la Cour de cassation (1); et qu'il nous suffise d'ajouter, en termes généraux, que toute décision rendue au civil sur une question qui aurait constitué une question véritablement préjudicielle, soit qu'elle fût de la compétence exclusive de la juridiction civile, ou qu'elle pût également être décidée par la juridiction criminelle, lie cette dernière juridiction, pour ou contre le prévenu, lorsqu'il s'agit pour elle d'apprécier les éléments constitutifs du fait incriminé comme délit.

168. Mais quelle est l'influence de la chose jugée au criminel sur l'action civile intentée plus tard à raison du même fait qui a donné lieu à l'action pénale? On sait que cette question, sur laquelle la jurisprudence et la doctrine semblent aujourd'hui fixées, a été l'occasion entre MM. Toullier et Merlin d'un très vif débat. Ils en ont cherché l'un et l'autre la solution dans les dispositions de l'article 1351, mais pour arriver à des conséquences directement contraires.

Quand M. Merlin (2), d'un côté, pense que la chose jugée au criminel influe sur l'action civile, parce que les deux actions, celle du ministère public et celle de la partie lésée, sont identiques dans leur objet fondamental; qu'il y a identité de parties; que l'action publique est une action préjudicielle, de telle sorte, notamment, que la déclaration de culpabilité au criminel, passée en force de chose jugée, doit servir de fondement

(1) Rapportée notamment au Répertoire général du *Journal du Palais*, v° *Question préjudicielle*.

(2) Quest., v° *Faux*, § 6; Rép., v° *Chose jugée*, § 15, et v° *Non bis in idem*, n° 15 et 16.

à l'action civile ; quand, expliquant le sens de ces paroles, le criminel emporte civil, il dit que, en prétendant que l'action civile doit réussir si l'action publique qui lui est préjudicielle réussit, et échouer si l'action publique échoue, que, par conséquent, le jugement rendu sur cette question reçoit, quant à l'action civile, une application nécessaire et forcée, il n'a entendu dire autre chose si ce n'est que le jugement criminel lie les mains au juge civil, lorsque entre le fait sur lequel a porté l'action publique et le fait qu'il s'agit ensuite de juger civilement, il y a une connexité tellement nécessaire que la vérité ou la fausseté de l'un emporte la vérité ou la fausseté de l'autre : M. Toullier (1) s'applique, au contraire, à démontrer qu'il n'y a point identité de parties, le ministère public ne lui semblant pas avoir qualité pour poursuivre les crimes et délits, aux risques, périls et fortune de tous ceux qui y sont intéressés, lorsqu'ils ne se rendent pas parties civiles ; ni identité d'objet, l'action publique tendant à l'application de la peine, et l'action civile à la réparation du dommage causé ; qu'il ne suffit pas que, sous le rapport de la cause, il y ait identité, c'est-à-dire le même fait, considéré à un point de vue différent, servant de principe juridique aux deux actions ; qu'enfin, de ce que l'action publique est préjudicielle à l'action civile, en ce sens qu'elle en suspend l'exercice et la tient en état, il ne s'ensuit nullement que la chose jugée sur cette action préjudicielle au criminel fasse ensuite la loi à l'action civile.

L'opinion de M. Toullier peut, à la rigueur, se fonder sur la lettre de l'article 1351. Mais les éléments de la solution de la question proposée ne sont pas renfermés dans les seules dispositions de cet article. Ils existent surtout dans les principes généraux qui régissent l'institution des juridictions criminelles, ainsi que l'action publique dans son exercice et ses conséquences.

D'après l'article 3, C. inst. crim., l'action civile peut être pour-

(1) T. 8, n°s 35 et suiv. ; T. 10, n° 241. — Voy. encore HÉLIE, T. 3, pag. 780 et suiv.

suivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Elle peut aussi l'être séparément; dans ce cas, l'exercice en est suspendu, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile. L'action publique est donc préjudicielle ou plutôt préalable à l'action civile. Pourquoi? Si ce n'est afin de prévenir de déplorables contrariétés de décisions dans la même cause, au sujet du même fait. Et comment seraient-elles évitées, si le juge, saisi ensuite de l'action civile, n'était pas lié par la chose jugée au criminel, et ne devait pas conformer sa décision au civil à ce qui a été jugé au criminel?

Aussi l'article 463, C. inst. crim., dispose-t-il que, lorsque des actes authentiques auront été déclarés faux en tout ou en partie, la Cour ou le tribunal qui aura connu du faux ordonnera qu'ils soient rétablis, rayés ou réformés, et que du tout il soit dressé procès-verbal. N'est-ce pas afin que les pièces déclarées fausses dans le procès criminel ne puissent plus être produites en justice comme fondement d'une action civile quelconque?

Que l'action publique ait pour objet l'application de la peine, l'action civile la réparation du dommage, peu importe cette différence dans leur but. Il suffit qu'elles aient l'une et l'autre pour principe générateur le même fait. Mais il faut que ce fait ait été l'objet d'une décision formelle et expresse au criminel, pour que la chose jugée exerce une influence décisive sur l'action civile. Et cette influence est, dès lors, nécessairement limitée à ce qui a été décidé sur la question préjudicielle, à laquelle l'autre demeure subordonnée, au lieu d'en être indépendante.

Quelles que soient d'ailleurs les juridictions, la chose jugée sur le même fait se constitue des mêmes éléments. Or, comme son autorité est fondée sur les principes de la loi positive, le législateur a fort bien pu l'établir au criminel, de manière à lui assurer, dans un intérêt public d'ordre, d'unité dans les décisions et de respect pour la justice, une influence décisive et péremptoire sur le sort de l'action civile. Il est alors vrai de

dire avec M. Merlin que « quand le ministère public poursuit la répression des crimes, des délits et des contraventions, il agit aux risques et périls de tous les intéressés ; par lui, ils sont réellement parties dans l'instance et dans le jugement qui intervient. » Il ne s'agit point sans doute d'un mandat privé, mais bien de pouvoirs qu'il tient de la loi même (1) ; et nous ajoutons que si le ministère public représente ainsi la partie lésée, ce n'est pas précisément en ce qui concerne les dommages et intérêts et réparations qui peuvent former le sujet de l'action civile, mais bien en ce qui touche seulement la recherche et la constatation du fait qui sert de cause juridique aux deux actions.

Tel est le principe général, et nous ne ferons que le confirmer par les explications qui vont suivre sur ses conséquences pratiques et ses différents cas d'application.

169. Les juridictions répressives, à quelque ordre d'infractions pénales que leur établissement se rattache, sont exclusivement compétentes, au point de vue de l'application de la peine, pour décider de l'existence du corps du délit et de la culpabilité du prévenu. Elles sont ainsi appelées à statuer, dans les limites de leurs pouvoirs, sur des intérêts d'un ordre tout différent de ceux qui sont soumis à la connaissance des tribunaux civils. Et c'est précisément cette différence, quant aux faits et aux droits sur lesquels elles ont à prononcer, qui, en même temps qu'elle constitue leur indépendance à l'égard des tribunaux civils, place au contraire ces derniers dans un état de subordination envers elles. S'agissant, dès lors, de juridictions différentes et d'intérêts d'une autre nature, l'article 1351, considéré dans sa lettre et dans son esprit, devient inapplicable, puisqu'il n'est édicté que pour l'hypothèse et dans la prévision du cas où la chose jugée s'applique à des intérêts de

(1) Voy. Mangin, nos 415 et suiv. — Duranton, t. 13, nos 194 et suiv. — Boncenne, t. 4, pag. 43 et suiv. — Zachariæ, t. 5, pag. 792. — Bonnier, nos 720 et suiv. — Marcadé, art. 1351, no 15. — Cass., 17 mars 1813. Sirey, 13, 1, 262. — 7 mars 1855. Sirey, 55, 1, 439.

même nature, et à des questions ressortissant à une juridiction semblable. De là l'influence de la chose jugée au criminel sur le civil, le législateur ayant lui-même marqué la prépotence de l'action criminelle sur l'action civile par la nécessité de surseoir à cette dernière, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'autre.

Il s'ensuit que tout jugement rendu au criminel et portant condamnation a l'autorité de la chose jugée, au profit de toute personne intéressée, même sur l'action privée portée plus tard devant les tribunaux civils, en ce qui concerne l'existence du délit et la culpabilité de la partie déclarée coupable. Il passe en force de vérité incontestable. Conséquemment, la partie lésée qui intente ou reprend ensuite son action civile, trouve, dans le jugement de condamnation, la preuve toute faite du délit dont elle prétend avoir souffert, ainsi que de la culpabilité du condamné; et le juge civil est tenu d'accepter comme légalement établis les faits qui ont motivé la condamnation, et comme définitivement acquise cette condamnation du prévenu, soit qu'il s'agisse de dommages et intérêts (1); d'une réparation quelconque, par exemple, pour fait de banqueroute (2); de la rescision, nullité, ou révocation d'nne convention ou acte; de la fausseté d'une pièce (3); d'une extorsion d'écriture ou de signature; de simulation frauduleuse, employée comme moyen de banqueroute (4); d'une séparation de corps; d'une déchéance ou exclusion de la tutelle ou de la puissance paternelle; d'une indignité de succëder (5); d'une restitution ou réintégration de propriété (6).

(1) Bruxelles, 26 oct. 1816. 27 fév. 1818. SIREY, 21, 2, 173.
(2) Paris, 2 fév. 1843. DALLOZ, nº 546.
(3) Aix, 14 août 1837. DALLOZ, nº 546.
(4) MERLIN, Quest., vº *Simulation*.
(5) Bordeaux, 1er déc. 1853. SIREY, 54, 2, 225.
(6) MERLIN, Quest., vº *Faux*, § 6, et vº *Réparation civile*, § 1; Rép., vº *Chose jugée*, § 15, et vº *Non bis in idem*, nºs 15 et 16. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 795. — BONCENNE, T. 4, pag. 43 et suiv. — DURANTON, T. 13, nº 497. — MANGIN, nº 423. — Cass., 5 mai 1818. SIREY, 19, 1, 162. — Limoges, 20 fév. 1846. SIREY, 47, 2, 106. — Grenoble, 17 nov. 1846. SIREY, 47, 2, 547. — *Contrà*, TOULLIER, T. 8, nº 37, et T. 10, nº 258.

La partie n'est tenue d'administrer, et le juge ne peut exiger d'autre preuve que celle résultant du jugement même de condamnation. Tous les faits déclarés et constatés au criminel le sont également au civil, d'une manière irréfragable, avec toute l'autorité de la chose jugée, de telle sorte que le condamné ne peut contester désormais l'existence du corps du délit ni sa culpabilité, ni débattre ses preuves et moyens justificatifs devant le tribunal civil. Le jugement criminel, devenu inattaquable, sert de base et de titre aux demandes civiles dont le délit constaté forme la cause juridique, soit que la partie qui s'en prévaut au civil l'oppose comme produisant action ou exception en sa faveur. « C'est ainsi, dit M. Merlin (1), qu'un homme condamné pour avoir volé des effets ne serait pas recevable à venir, par action civile, revendiquer ces effets sur le propriétaire à qui ils auraient été restitués en vertu de sa condamnation. »

Mais, pour que la chose jugée au criminel produise ces effets sur le civil, il faut que le fait qui sert de base à l'action civile soit identiquement le même que celui qui a été constaté au criminel par une déclaration de culpabilité. Or, il n'y aurait pas identité juridique, si le fait allégué comme fondant l'action civile différait dans ses éléments constitutifs comme infraction punissable, de celui qui a été reconnu constant au criminel, bien que son existence supposât le concours de circonstances analogues ou semblables. Par exemple, dans l'abordage de deux navires, des personnes périssent et des marchandises se perdent. Les capitaines des navires sont poursuivis et condamnés pour homicide par imprudence. Cette condamnation sera bien un titre irréfragable sur lequel les parties lésées par le délit seront admises à fonder leur action au civil, sans que les condamnés puissent contester le fait dont ils ont été déclarés coupables. Mais si, au lieu d'être poursuivis civilement en réparation de l'homicide par imprudence, ils le sont pour perte de marchandises, il n'y a plus identité d'objet ni de fait,

(1) Quest., v° *Simulation*.

quoique la cause de l'action repose également sur une imputation d'imprudence et de faute. Dès lors, la chose jugée au criminel est sans influence au civil, et les juges, usant du pouvoir qui leur appartient d'apprécier les faits, peuvent déclarer les défendeurs non responsables de la perte des marchandises, comme exempts, à cet égard, de toute faute et négligence imputables (1). Mais aussi et par réciprocité, en cas d'acquittement du délit d'homicide par imprudence, ils pourraient être condamnés au civil à supporter le dommage causé par la perte des marchandises. Le défaut d'identité d'objet dans les deux instances sauve ainsi la contradiction apparente qui existe entre les deux décisions.

170. Le condamné poursuivi plus tard à fins civiles peut seulement, si le jugement criminel ne fixe rien à cet égard (2), plaider, soit sur la quotité des dommages et intérêts ou des restitutions, soit sur l'exactitude et la portée des conséquences civiles que son adversaire prétend tirer du délit qui a déterminé sa condamnation.

171. A plus forte raison, peut-il débattre tous moyens déduits de circonstances étrangères au fait, telles que transaction, remise, payement, et autres exceptions qui, sans infirmer ni contredire les faits déclarés constants au criminel, tendent seulement au rejet ou à la modification de la demande formée à fins civiles.

172. Mais il faut que la constatation des faits au criminel se lie à une déclaration de culpabilité, pour que ces faits ainsi déclarés obligent le juge civil. Si, par exemple, sur une accusation de faux, les questions étant ainsi posées : tel acte est-il faux? l'accusé est-il coupable? le jury a répondu affirmativement sur la première question, et négativement sur la seconde, il n'y a pas chose jugée sur la fausseté de l'acte. « En droit, dit la Cour de cassation (3), le verdict du jury, lorsqu'il déclare

(1) Cass., 3 août 1853. Sirey, 55, 1, 137.
(2) Nancy, 19 mai 1844. Dalloz, n° 550.
(3) 16 août 1847. Sirey, 48, 1, 280.

l'accusé non coupable, ne peut avoir d'autre effet légal que relativement à cet accusé, et ne constitue qu'une abstraction inerte par rapport aux autres points qui, par suite de la division facultative des questions, peuvent s'être trouvés enveloppés dans cette déclaration. Il suit de ce principe que si le jury, en déclarant l'accusé non coupable, a répondu affirmativement à la question de fausseté et de fabrication de l'acte, il n'en saurait sortir une décision civile sur la fausseté ou la vérité de l'acte. »

Ainsi, la partie avec laquelle l'acte a été vérifié dans une instance civile antérieure, ne peut fonder sur une pareille déclaration du jury son recours en requête civile, sous le prétexte que le jugement a été rendu sur pièces depuis reconnues fausses, alors surtout que l'accusé acquitté est autre que la partie qui a figuré dans le procès civil.

173. Ce n'est pas seulement à l'égard de la partie condamnée que les faits déclarés au criminel lient le juge civil sur l'action ensuite intentée par la partie lésée. Leur constatation, passée en force de chose jugée, fait la loi au civil à l'égard de toutes personnes, alors même qu'elles ne représentent ni l'accusé condamné, ni celui qui s'est porté partie civile dans le procès criminel. Ainsi, l'acte déclaré faux au criminel ne peut plus désormais être soutenu, par qui que ce soit, vrai et sincère devant les tribunaux civils.

Telle est la conséquence du principe que le ministère public est réputé agir aux risques, périls et fortune de toute partie intéressée. Le tiers qui soutient plus tard au civil la sincérité de la pièce déclarée fausse au criminel, est censé avoir été représenté par le condamné, et cette conséquence du caractère préjudiciel de l'action publique est parfaitement démontrée par M. Merlin, qui d'abord avait soutenu l'opinion contraire (1).

174. Voilà pour les cas de condamnation. Mais supposons que l'inculpé, prévenu ou accusé ait été acquitté parce que le

(1) Quest., v° *Faux*, § 6, n° 7. — *Conf.*, MANGIN, n° 426.

fait incriminé comme délit n'existe pas, qu'il n'est pas constant, ou qu'il n'est pas suffisamment établi, ou qu'il a été commis par un autre, où qu'il n'est pas suffisamment prouvé qu'il ait été commis par lui, ou bien enfin parce qu'il a été commis dans des circonstances qui lui ôtent tout caractère de délit criminel, et même de délit civil et de quasi-délit, comme au cas de légitime défense. Les tribunaux civils sont également tenus, dans ce cas, de subir l'influence de la chose jugée au criminel, et de conformer leur décision sur l'action civile aux faits déclarés dans le jugement de relaxance ou d'acquittement. Il y aurait de leur part violation de la chose jugée, si, dans leur décision rendue au civil, ils repoussaient, dénaturaient et modifiaient, même sous le prétexte d'un nouveau débat produit devant eux, les faits déclarés par le juge criminel, au lieu de les accepter comme constants, ainsi que l'autorité de la chose jugée leur en fait un devoir (1).

175. Mais comme la chose jugée au criminel se restreint à ce qui y a été formellement décidé, le juge saisi de l'action civile ne saurait être réputé y contrevenir lorsque, tenant d'ailleurs pour constants les faits qui y ont été établis, il ne fait qu'apprécier au point de vue des principes du droit civil la cause et ses diverses circonstances, comme constituant un délit civil ou un quasi-délit, ou comme fondant toute autre action dont les éléments, purement de droit civil, ne sont point en contradiction avec les faits reconnus et déclarés par la juridiction criminelle.

En effet, si, d'une part, les tribunaux criminels sont, à l'exclusion de tous autres, compétents pour décider de l'existence du corps du délit, de la culpabilité de la personne traduite devant eux et de l'application de la peine, d'autre part, et à moins que celui qui se prétend lésé n'intervienne comme partie civile, ils n'ont pas mission de décider si le fait incriminé

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 795. — Duranton, t. 13, n° 496. — Marcadé, art. 1351, n° 16. — Cass., 17 mars 1813. Sirey, 13, 1, 262. — 7 mars 1855. Sirey, 55, 1, 439.

comme constituant une infraction à la loi pénale, et la participation de celui auquel il est imputé à sa perpétration, établissent un délit de droit civil, soit un simple quasi-délit, soit enfin la cause d'une action civile quelconque. L'appréciation de l'acte imputé au prévenu, considéré sous ce rapport, demeure réservée aux juges civils, et, quelque soit le jugement rendu au criminel, ils ont toujours le droit de reconnaître que le fait est de nature à fonder contre son auteur une action en dommages et intérêts, ou toute autre réclamation d'intérêt civil, soit qu'elle se produise par voie d'action ou d'exception.

176. Cependant, dans cette appréciation du fait, au point de vue de ses caractères civils et des conséquences qu'à ce titre il est appelé à produire, ils ne doivent jamais se mettre en contradiction avec les faits déclarés par le jugement criminel. Les constatations que le juge criminel a établies dans sa décision, sous le rapport de l'existence de l'acte incriminé, et de la participation du prévenu à cet acte, doivent leur servir de point de départ pour l'examen qu'ils sont chargés d'en faire dans ses rapports avec le droit civil. Si dans leur jugement ils les contredisaient ou les modifiaient, au lieu de se borner à les accommoder aux principes de l'action civile, et à en déduire les conséquences civiles que la partie lésée se prétend fondée à en tirer, il y aurait de leur part violation au civil de la chose jugée au criminel.

De là suit la nécessité d'établir la distinction suivante : Le prévenu a-t-il été acquitté au criminel à raison de la non existence du délit, de sa non participation à l'acte ou de l'absence d'une preuve suffisante à cet égard ; ou bien, au contraire, l'a-t-il été seulement parce que le fait ne présentait point, ou qu'il n'était pas prouvé qu'il présentât les caractères d'un délit criminel, sous le rapport de sa matérialité, ou de la non criminalité de son auteur? Dans le premier cas, le juge saisi de l'action civile se mettrait en opposition avec le jugement d'acquittement au criminel, s'il déclarait que le fait existe, que le défendeur y a participé, qu'une preuve suffisante en a été

rapporté devant lui. En jugeant ainsi, il violerait la chose jugée (1) Mais dans le second cas, il peut encore apprécier les faits déclarés et reconnus au criminel, sans se mettre en contradiction avec la chose jugée, pourvu qu'il ne les considère que dans leurs rapports avec la cause juridique de l'action civile.

M. Mangin (2) pense cependant que, lorsque le jugement rendu au criminel se borne à décider que le fait n'est pas constant, ou que la culpabilité du prévenu n'est pas établie, les juges civils peuvent, sur la réclamation de la partie lésée, décider que le fait existe, et que c'est le prévenu qui l'a commis. Il nous semble au contraire que, dans ce cas, il y aurait, de la part du juge civil, un démenti donné au juge criminel et violation de la chose jugée, si, dans l'instance civile, il reconnaissait comme constante l'existence de faits et d'une culpabilité que le juge criminel avait écartés comme non suffisamment établis. Vainement M. Mangin dit que, s'il est défendu aux juges civils de se mettre en contradiction avec ce qui a été décidé par les juges criminels, il ne leur est certainement pas défendu de se livrer à la recherche de la vérité, quand ces derniers l'ont laissée incertaine. Oui sans doute, mais à la condition de rechercher cette vérité au point de vue seulement de la réclamation civile, ou d'un quasi-délit susceptible de fonder la cause de l'action civile portée devant eux, sans qu'ils puissent d'ailleurs se mettre en opposition avec le jugement criminel. Car, c'est sur ce principe que les deux décisions ne doivent être ni contradictoires, ni incompatibles entre elles, qu'est fondée l'influence du criminel sur le civil. Or, sous la réserve de la distinction que nous venons d'établir, nous disons qu'il y a incompatibilité et contradiction entre les deux décisions, lorsque le juge civil déclare et reconnaît comme constants et prouvés, sous le rapport de leur existence et de la participation du prévenu, des faits que le juge criminel a précédemment

(1) Cass., 7 mars 1855. Sirey, 55, 1, 439.
(2) N° 427.

écartés comme non constants ou non suffisamment établis. L'opinion que nous combattons conduit infailliblement aux contrariétés de décisions que, dans un intérêt d'ordre public, le législateur a voulu éviter.

177. Venons maintenant à l'application de ces principes, et présentons quelques exemples.

Lorsque le juge criminel a déclaré non coupable un individu poursuivi pour avoir commis un faux en écriture publique ou privée ;

Incendié sa propre maison qui était assurée ;

Commis un assassinat, un homicide volontaire ou même involontaire ;

Porté des coups et fait des blessures volontairement ou involontairement ;

Commis une extorsion de titre, une escroquerie, un abus de confiance ;

Soustrait frauduleusement la chose d'autrui ;

Commis une banqueroute frauduleuse ;

Cette déclaration de non-culpabilité ne fait pas obstacle à ce que le juge civil, saisi régulièrement de l'action civile, admette l'inscription de faux incident, déclare fausse la pièce arguée, ou annule pour cause de dol, de fraude ou de vices de forme les conventions ou dispositions qu'elle contient, parce que, au criminel, il ne s'est agi que de la culpabilité du prévenu, et que son acquittement a pu être déterminé par des raisons qui lui étaient personnelles, par l'absence de toute intention frauduleuse de sa part, sans que la sincérité ou la validité de l'acte ait été même préjugée (1);

(1) Mangin, nos 427 et suiv. — Zachariæ, t. 5, pag. 797. — Toullier, t. 8, nos 32 et suiv. — Duranton, t. 13, nos 489 et suiv. — Boncenne, t. 4, pag. 43 et suiv. — Merlin, Quest., v° *Faux*, § 6. — Cass., 21 messidor an IX. Sirey, 1, 1, 463. — 19 mars 1817. Sirey, 17, 1, 169. — 12 juill. 1825. Sirey, 26, 1, 310. — 8 mai 1832. Sirey, 32, 1; 845. — 27 mars 1839. Sirey, 39, 1, 767. — 10 fév. 1840. Sirey, 40, 1, 984. — 27 mai 1840. Sirey, 40, 1, 633. — 27 mars 1855. Sirey, 55, 1, 598. — 4 avril 1855. Sirey, 55, 1, 668.

A ce que la compagnie d'assurance poursuivie plus tard en payement d'une indemnité, soit admise à prouver que l'individu acquitté n'a droit à aucun dédommagement, comme ayant été, par son fait ou sa faute, cause de l'incendie (1);

A ce que les voisins qui ont souffert du sinistre fassent la même justification, et établissent ainsi qu'il leur doit des dommages et intérêts;

A ce que ceux qui ont éprouvé un dommage par suite d'un assassinat, d'un homicide, de coups et blessures volontaires ou involontaires, poursuivent civilement la réparation du préjudice causé. Car si l'accusation portait sur un homicide, des coups ou blessures volontaires, il n'y a rien de jugé sur les mêmes faits considérés comme involontaires; et si, au contraire, elle avait pour objet un homicide, des coups ou blessures involontaires, il n'y a pas contradiction à retenir au civil, comme principe de dommages et intérêts, d'après les articles 1382 et suivants, un fait qui cependant a été jugé ne pas constituer un délit criminel, la maladresse, l'imprudence, l'inattention, la négligence, l'inobservation des règlements, le défaut d'adresse ou de précautions, dont parlent les articles 319 et 320, C. p., n'étant pas les seuls cas de responsabilité civile, et la même faute pouvant engager cette responsabilité sans être cependant assez grave pour déterminer une condamnation (2). Après avoir soutenu l'opinion contraire, M. Merlin (3) avoue, dans la quatrième édition de ses *Questions de droit*, qu'il s'était complètement trompé (4);

A ce que celui qui se plaint plus tard au civil d'extorsion,

(1) ZACHARIÆ, *ibid.* — Orléans, 4 déc. 1841. SIREY, 42, 2, 467. — Agen, 14 et 20 janv. 1851. SIREY, 51, 2, 781.

(2) ZACHARIÆ, *ibid.* — DURANTON, T. 13, nos 486 et suiv. — MANGIN, nos 427 et suiv. — Cass., 22 juill. 1813. SIREY, 13, 1, 319. — 11 oct. 1817. SIREY, 19, 1, 269. — 5 nov. 1818. SIREY, 19, 1, 209. — 29 juin 1827. SIREY, 27, 1, 463. — 19 nov. 1841. SIREY, 42, 1, 94. — Orléans, 23 juin 1843. SIREY, 43, 2, 337. — Paris, 11 fév. 1845. DALLOZ, 45, 4, 83.

(3) Quest., vo *Faux*, § 6, no 3, et vis *Réparation civile*, § 2, no 3.

(4) Quest., vo *Faux*.

d'escroquerie, d'abus de confiance, de fraude ou de vol, obtienne, soit des dommages et intérêts, soit la nullité, rescision ou révocation de l'acte ou convention, pour défaut de cause, violence, dol ou fraude ; soit la restitution des choses détournées ou soustraites, parce que l'extorsion, l'escroquerie criminelle, ou la banqueroute frauduleuse, présentent d'autres caractères que la violence, le dol et la faute civils; soit parce que l'abus de confiance et la soustraction frauduleuse, purgés au criminel, laissent intacte au civil la question de propriété ou de dommage (1) ;

A ce que l'individu poursuivi criminellement pour avoir fabriqué un faux testament, soit condamné à des dommages et intérêts envers les légitimes héritiers (2).

De même enfin, l'individu acquitté d'un délit de diffamation peut être condamné civilement à des dommages et intérêts envers la partie lésée, son acquittement pouvant être fondé sur l'absence de toute intention de nuire, et cette circonstance n'excluant point la faute, l'imprudence, toutes causes de préjudice qui continuent d'engager sa responsabilité (3).

178. On voit que, dans ces divers cas, il n'y a nulle contradiction entre les faits déclarés au criminel et ceux qui ont été reconnus comme constants au civil, et qui y ont été considérés comme servant de fondement juridique à la réclamation d'intérêt civil intentée par la partie lésée. C'est dans cet accord des deux décisions, ou plutôt dans cette absence de toute contrariété entre elles, que résident le respect dû à la chose jugée au criminel, et l'influence qu'elle est appelée à exercer au civil.

Aussi, l'autorité de la chose jugée au criminel serait-elle

(1) ZACHARIÆ, *ibid.* — DURANTON, T. 13, n° 489. — Cass., 17 mars 1813. SIREY, 13, 1, 262. — 7 juin 1840. SIREY, 40, 1, 638. — 3 juill. 1844. SIREY, 44, 1, 733. — Limoges, 14 août 1844. SIREY, 45, 2, 496. — Cass., 12 janv. 1852. SIREY, 52, 1, 113. — Paris, 24 mars 1855. SIREY, 55, 2, 391.

(2) Cass., 20 juin 1846. SIREY, 46, 1, 710.

(3) Cass., 5 avril 1839. SIREY, 39, 1, 529.

violée, si le juge civil, alors même qu'il se borne à statuer sur une réclamation d'intérêt civil, décidait, nonobstant la déclaration de non culpabilité, que celui qui en a été acquitté au criminel s'est rendu coupable du fait, ou qu'il l'a commis avec toutes les circonstances que l'accusation avaient relevées, comme en établissant le caractère criminel. Dans ce cas, en effet, il viole la chose jugée, en contredisant d'une manière formelle la décision de la juridiction répressive qui doit lui servir de règle, et il commet même un véritable excès de pouvoirs, en attribuant à un fait qu'il ne peut désormais considérer que sous le rapport de ses conséquences civiles, les caractères d'un délit de droit pénal (1).

Ainsi, lorsqu'un individu accusé d'homicide ou de coups et blessures volontaires a été déclaré non coupable par le jury, la Cour d'assises viole la chose jugée, si elle le condamne à des dommages et intérêts, sur le motif qu'il a volontairement et hors le cas de légitime défense, porté à la personne homicidée un coup qui lui a donné la mort (2). En effet, elle a apprécié par là l'intention de l'auteur du fait, et lui a restitué les caractères de criminalité que la déclaration du jury avait fait disparaître.

Pareillement, lorsqu'un accusé a été acquitté par le jury d'une inculpation de coups et blessures volontaires, ayant occasionné une incapacité de travail personnel de plus de vingt jours, et que, néanmoins, la Cour d'assises, en statuant sur les dommages et intérêts réclamés par la partie civile, le condamne à des dommages et intérêts, en se fondant sur ce qu'il est constaté qu'il a volontairement porté des coups qui ont occasionné une maladie ou incapacité de travail personnel de plus de vingt jours, comme une condamnation ainsi motivée est basée réellement sur le même fait, qualifié crime par la loi, et dont l'accusé vient d'être acquitté, il y a contradiction entre elle et la déclaration du jury, et elle porte conséquem-

(1) MANGIN, n° 433.

(2) Cass., 24 juill. 1841. SIREY, 41, 1, 791.

ment atteinte à l'autorité et à l'inviolabilité de la chose jugée au criminel (1).

179. On comprend que la manière dont la non culpabilité du prévenu est déclarée, doit exercer une influence considérable sur la recevabilité de l'action civile, ultérieurement intentée devant la juridiction compétente pour en connaître. En Cour d'assises, le jury est appelé à répondre, par oui ou par non, sèchement, à la question de culpabilité qui lui est proposée. Sa réponse négative purge sans doute l'accusation, éteint l'action publique, exclut toute criminalité et met l'accusé à l'abri de toute peine. Mais, comme la question qui lui est soumise embrasse le fait matériel et le fait moral, sa déclaration négative laisse subsister le doute le plus absolu sur le point de savoir si elle a été déterminée parce que le corps du délit n'existe pas, qu'il n'a pas été suffisamment établi que le fait n'a pas été commis par l'accusé, qu'il n'est pas prouvé qu'il y ait participé, qu'en étant matériellement l'auteur, il l'a commis sans intention criminelle, ou bien enfin parce que, par un motif quelconque, il ne mérite pas d'être puni. Une déclaration de non culpabilité, énoncée en des termes semblables, n'autorise à accuser le juge civil de violer la chose jugée au criminel que dans les cas assez rares où, par une inexactitude de rédaction plutôt que par le désir de se mettre en opposition avec le juge criminel, il relève dans le jugement de l'action civile les mêmes faits de l'accusation, et les reprend avec les mêmes caractères et circonstances de criminalité qui ont été écartés par le verdict négatif du jury.

Mais, comme les autres juridictions criminelles, outre qu'elles doivent motiver leurs décisions, en rédigent autrement le dispositif, et qu'elles expliquent les faits et circonstances qui motivent la relaxance ou l'acquittement du prévenu ou de l'inculpé, le juge civil ne peut en faire abstraction dans le jugement de l'action civile portée devant lui. Il doit, en les retenant lui-même comme constants, tels qu'ils ont été déclarés

(1) Cass., 6 mai 1852. Sirey, 52, 1, 860.

au criminel, y conformer sa propre décision, sous peine de violer la chose jugée, si, au lieu de les envisager au point de vue seulement du droit civil et de leurs conséquences civiles, il leur restitue les caractères de criminalité dont ils avaient été dépouillés, ou relève d'autres circonstances qui dénaturent ou contredisent les constatations faites au criminel. Dans ce cas, la mission du juge civil se trouve resserrée dans des limites beaucoup plus circonscrites, puisque le jugement de la juridiction répressive restreint, par suite de ses déclarations formelles quant aux faits et circonstances de la cause, le cercle des appréciations qu'il doit en faire concernant le fondement juridique de l'action civile.

Par exemple, un individu est prévenu de blessures par imprudence, et le tribunal déclare qu'on ne saurait lui attribuer la responsabilité de l'acte auquel il est tout à fait étranger. La juridiction civile, saisie plus tard de la réclamation de la partie lésée, a les mains liées par la décision correctionnelle passée en force de chose jugée. De même donc qu'elle devrait accepter une déclaration de culpabilité au criminel comme fondement irrécusable de l'action civile, elle doit, par une juste réciprocité, se soumettre à la déclaration d'innocence du prévenu ; et elle violerait l'autorité de la chose jugée si elle le déclarait auteur des faits dont il a été, au criminel, déclaré innocent, ou si elle ordonnait la preuve de certains faits à l'effet d'établir sa culpabilité ou sa participation à l'acte (1).

Par exemple encore, lorsque, sur une poursuite correctionnelle, le tribunal a relaxé le prévenu et a déclaré que, de sa part, il n'y a eu, à l'occasion de l'incendie pour lequel il est poursuivi, aucun fait de négligence ou d'imprudence qui puisse lui être imputé, la partie qui aurait souffert de l'incendie ne peut agir au civil en dommages et intérêts contre ce même prévenu, en offrant de prouver qu'il a réellement commis des faits de négligence et d'imprudence (2). Mais il en serait

(1) Cass., 7 mars 1855. Sirey, 55, 1, 439.
(2) Orléans, 16 mai 1851. Sirey, 51, 2, 416.

autrement, si, au lieu d'avoir ainsi écarté, d'une manière absolue, toute négligence et imprudence, le tribunal correctionnel en avait seulement apprécié les caractères et la gravité, sous le rapport de l'application de la peine. Il n'y aurait plus alors incompatibilité entre les deux décisions, puisque telle faute, telle négligence jugée insuffisante pour motiver une peine, ne laisse pas néanmoins d'engager civilement la responsabilité de celui qui l'a commise. Le plus souvent, un semblable milieu de conciliation se présente au juge civil.

180. La chose jugée au criminel sur la poursuite du ministère public agissant seul, n'en a pas moins ses effets obligatoires au civil, quoique la partie lésée prenne plus tard la voie criminelle, en citant directement devant la juridiction répressive le prétendu délinquant qui y a été déjà acquitté. La poursuite criminelle étant épuisée, elle ne peut, en effet, porter son action en réclamations civiles que devant les tribunaux civils, seuls compétents dès lors pour en connaître, et sauf l'influence de la chose jugée au criminel sur son action civile.

Il s'ensuit que le jugement rendu au criminel, contradictoirement avec le ministère public, sur l'intervention d'une partie civile, et qui a acquitté le prévenu, conserve, suivant les principes généraux que nous avons posés, son influence légale sur l'action civile qu'une autre partie qui se prétend également lésée, intenterait plus tard contre le même prévenu et à raison du même délit.

181. Mais dans le cas où deux procès criminels sont intentés successivement pour le même fait, contre des personnes différentes, le jugement rendu sur le premier procès est sans influence sur le jugement du second. Leur nature identique fait qu'aucun d'eux n'est préjudiciel à l'autre. Il en résulte que le jugement qui a déclaré non existant le délit imputé à tel individu ne fait pas obstacle à ce qu'un autre individu soit condamné pour le même délit, le jugement d'acquittement n'ayant d'effet légal que relativement à celui qui l'a obtenu. Mais ces deux décisions ne laisseront pas d'exercer sur les actions de la partie civile l'influence qui appartient à chacune d'elles.

182. En cas de condamnation comme en cas de déclaration de non culpabilité au criminel, la décision émanée de la juridiction répressive n'acquiert jamais l'autorité de la chose jugée sur les questions civiles qui ont dû être et ont été résolues par elle, dans leurs rapports avec la criminalité de l'acte qui a fait l'objet de la poursuite, soit qu'elles en établissent les circonstances constitutives ou simplement aggravantes. La solution qui en est portée au criminel est restreinte quant à ses effets à l'action publique, et leur appréciation reste entière devant le juge civil appelé plus tard à en connaître.

Ainsi, une condamnation pour parricide ou pour coups et blessures envers ses père ou mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou autres ascendants légitimes, n'aura pas au civil l'autorité de la chose jugée quant à la filiation du condamné. De même, une condamnation pour bigamie n'établit point au civil la validité du premier mariage ou la nullité du second (1).

De même encore, l'acquittement prononcé parce que le vol a été commis par l'une des personnes indiquées dans l'article 380, C. p., n'établit point au civil le mariage ou la filiation de l'individu déclaré non coupable.

Enfin, si, dans la poursuite d'un délit qui implique une question d'état, les tribunaux criminels avaient pris sur eux, contrairement à l'article 327, de statuer sur cette question d'état, le jugement de condamnation n'aurait point au civil l'autorité de la chose jugée quant à la filiation de celui au préjudice duquel le délit a été commis (2).

183. Ce que nous disons de l'influence sur le civil de la chose jugée au criminel, ne s'applique point aux ordonnances du juge d'instruction ou de la chambre d'accusation, qui renvoient le prévenu de la poursuite, quels que soient les motifs sur lesquels elles sont basées. Ces décisions, qui n'apprécient le fait que dans ses rapports avec le droit pénal, se lient plutôt à l'instruction de la cause qu'elles n'en contiennent le juge-

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 799.
(2) Duranton, t. 13, n° 487.

ment définitif. Nul doute donc que la partie qui se prétend lésée soit encore recevable à agir civilement en dommages et intérêts ou en annulation d'une pièce arguée de faux (1).

Peu importe même qu'elle se soit portée partie civile devant la juridiction criminelle (2). Si M. Merlin (3) a semblé penser d'abord qu'ayant le choix entre la voie criminelle et la voie civile, elle se fermait la seconde en optant pour la première, il a depuis rétracté cette opinion, et a considéré comme indifférente l'intervention de la partie civile. Le juge d'instruction et la chambre d'accusation étant incompétents pour statuer sur son action civile, on ne peut lui opposer une prétendue option, qu'elle est censée, dans tous les cas, n'avoir faite que dans la pensée qu'elle arriverait devant un juge qui pût connaître de son action civile. Son action est plutôt écartée par une fin de non recevoir que jugée au fond. Son droit reste donc entier, puisque, en réalité, il n'a pas été exercé d'une manière complète.

Il n'y aurait pas, au surplus, de difficulté si l'action civile avait été réservée, ou si l'ordonnance avait été motivée sur ce que le fait ne pouvait donner lieu qu'à une action civile (4).

184. Lorsque la partie qui se prétend lésée par un délit intervient, suivant son droit, dans la poursuite criminelle, en qualité de partie civile, devant la juridiction compétente pour statuer sur son action en dommages et intérêts ou toute autre réclamation d'intérêt civil, le jugement rendu accessoirement à l'action criminelle acquiert alors, à son égard, l'autorité de la chose jugée. Et il l'acquiert, conformément à l'article 1351, soit qu'il condamne ou acquitte, et quels que soient les résul-

(1) Merlin, Quest., v^{is} *Réparation civile*, § 3, n° 1. — Mangin, n° 438. — Hélie, t. 3, pag. 776. — Cass., 10 avril 1822. Sirey, 24, 1, 211. — 12 août 1834. Dalloz, 34, 1, 436. — 20 avril 1837. Sirey, 37, 1, 590. — 17 juin 1841. Sirey, 41, 1, 636.

(2) Zachariæ, t. 5, pag. 798. — Mangin, n°s 438 et suiv. — Cass., 24 nov. 1824. Sirey, 25, 1, 174. — Paris, 30 déc. 1836. Dalloz, Rép., v^{is} *Chose jugée*, n° 592.

(3) Quest., *ibid*, n° 2.

(4) Merlin, *ibid.*

tats de l'action criminelle que le ministère public aura portée devant la juridiction supérieure. Car, étant partie au débat, il n'y a plus à rechercher quelle est l'influence du criminel sur le civil, sauf pour les tiers qui n'ont pas figuré dans l'instance (1).

Mais si l'action civile portée devant la juridiction criminelle avait été rejetée par simple fin de non recevoir fondée sur ce que, le fait ne constituant pas de délit criminel, cette juridiction n'était pas compétente pour en connaître (2), soit sur l'incompétence du tribunal correctionnel basée sur toute autre cause (3), soit enfin sur ce que, en cas de condamnation comme en cas d'acquittement, la nature de la réclamation civile échappait à sa compétence, comme une demande en séparation de corps, une action en rescision, nullité ou révocation de conventions et de dispositions (4), ou bien une déclaration d'indignité de succéder, la partie qui se prétend lésée est encore recevable à porter son action, dont le fond est resté intact, devant les tribunaux civils, sans que toutefois elle puisse renouveler et reprendre devant eux l'incrimination pénale qui aurait été écartée par le jugement criminel. Elle ne peut alors relever les faits que comme constituant un délit civil ou un quasi-délit, abstraction faite de tous caractères de criminalité qui auraient été précédemment rejetés. Autrement, il y aurait violation de la chose jugée.

185. Il peut arriver que l'action civile soit jugée, et que le jugement qui y statue ait passé en force de chose jugée, avant que l'action publique ait été poursuivie ou définitivement jugée. Dans ce cas, la chose jugée avec la partie civile et le prétendu délinquant, devant la juridiction civile, a acquis l'autorité de la chose jugée, suivant l'article 1351, et ses effets sont irré-

(1) MANGIN, n° 421. — MERLIN, Rép., v° *Chose jugée*, § 15. — TOULLIER, T. 10, n° 243.

(2) Rouen, 10 mars 1836. SIREY, 36, 2, 193. — Cass., 3 juill. 1844. SIREY, 44, 1, 733.

(3) Cass., 23 nov. 1835. SIREY, 36, 1, 314.

(4) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 797.

fragables, indépendamment des résultats de l'action criminelle.

Ainsi, lorsque dans un cas prétendu d'abus de confiance on a intenté devant la juridiction civile une action en restitution, et que cette demande a été repoussée, on ne peut poursuivre devant la juridiction correctionnelle une nouvelle action qualifiée en dommages et intérêts, la demande ayant le même objet, étant fondée sur la même cause, et étant formée entre les mêmes parties agissant en la même qualité (1). Il y a chose jugée, conformément aux principes généraux consacrés par l'article 1351, entre la partie civile et le prévenu, dans le cas même où le ministère public le ferait condamner pour abus de confiance.

ARTICLE 1352.

La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. — Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.

Sommaire.

1. La présomption légale vaut dispenses de preuve.
2. Mais il faut établir le fait qui lui sert de fondement. Comment?
3. Présomptions *juris et de jure*. Présomptions *juris*.
4. Présomptions absolues. Exemples.
5. Triple gradation quant à la preuve contraire à la présomption légale.
6. Signe des présomptions absolues.
7. Simples présomptions *juris*.
8. Tous moyens de preuve contraire sont admissibles à leur égard. Sur quoi doit porter cette preuve.
9. Sens de ces mots, sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires. Première interprétation.
10. Suite. Application aux articles 911 et 1100, relatifs aux interpositions de personnes.

(1) Cass., 20 fév. 1847. SIREY, 47, 1, 367.

11. Suite: Autre interprétation. Ces mots expriment un simple renvoi aux sections IV et V.

COMMENTAIRE.

1. L'effet essentiel et fondamental de toute présomption établie par la loi est de dispenser de toute preuve celui au profit duquel elle existe (1352). Comme la loi tient elle-même pour certain le fait qu'il s'agit d'établir, la partie qui est chargée de le prouver trouve dans la présomption légale une preuve toute faite, et est conséquemment dispensée d'en administrer aucune autre.

2. Cependant, lorsque son adversaire dénie l'existence des faits auxquels la présomption légale est attachée, elle est tenue de les établir préalablement. Comme la présomption est une conséquence que la loi tire d'un fait connu, il faut de toute nécessité que ce fait qui lui sert de base soit, avant tout, légalement prouvé ou reconnu entre les parties.

Quant à cette preuve préliminaire, elle rentre exactement dans les termes du droit commun; c'est-à-dire que celui qui conteste les faits sur lesquels la présomption légale est fondée, n'est tenu, en sa qualité de défendeur, d'appuyer sa dénégation sur aucune espèce de preuve, et que c'est à l'autre qu'incombe, en sa qualité de demandeur, la charge de prouver l'existence des faits sur lesquels il entend baser la présomption légale qu'il invoque. D'autre part, la preuve contraire est, de droit, toujours réservée au défendeur, en ce qui concerne l'offre de preuve de ces faits.

S'agit-il, par exemple, de prescription, d'interposition de personnes, il me suffira de dénier que le temps de la prescription soit accompli; que les personnes réputées interposées aient les qualités auxquelles la loi attache la présomption d'interposition. Je n'aurai besoin d'administrer aucune preuve à l'appui de ma dénégation. C'est à mon adversaire, en sa qualité de demandeur, à prouver les faits sur lesquels est fondée la présomption de la loi, sauf preuve contraire de ma part.

Il y a ainsi deux ordres de preuve; l'un relatif aux faits

mêmes qui fondent la présomption légale, l'autre concernant les conséquences à tirer de ces faits préalablement établis. Quant à ce dernier point, comme c'est la loi elle-même qui se charge de déduire les conséquences et d'établir une présomption légale, il n'y a aucune preuve à faire.

Tel est le premier moyen de combattre les présomptions légales, quelque absolues qu'elles soient. On ne les attaque ni directement ni indirectement, quoiqu'en dise M. Toullier (1), qui y voit l'administration d'une preuve indirecte contre les présomptions. Car on n'en méconnaît ni l'autorité ni la force.

On les attaque seulement dans leur principe, dans leur fondement, et on en repousse l'application en fait, sans en contester la puissance en droit. C'est même la reconnaître que d'essayer de l'éluder, en déniant les faits et circonstances à l'existence desquels la présomption de la loi est subordonnée (2).

3. Si les présomptions légales ont toutes indistinctement pour effet commun de dispenser de toute preuve celui au profit duquel elles existent, il y a, néanmoins, cette différence entre elles : les unes peuvent être combattues par la preuve contraire, tandis que les autres ne le peuvent pas.

Les présomptions contre lesquelles la preuve contraire est admissible, s'appellent présomptions simples ou de droit, *præsumptiones juris*. Les autres, celles contre lesquelles la loi n'admet aucune preuve, s'appellent des présomptions de droit et concernant le droit, *præsumptiones juris et de jure*; expressions consacrées par l'usage dans la langue du droit, auxquelles on peut donner une traduction différente, mais sans y attacher un sens différent. Cette distinction, qui ressort des termes de l'article 1352, a reçu sa consécration dans plusieurs dispositions du Code Napoléon.

4. Mais quelles sont les présomptions absolues? A quels

(1) T. 10, n° 57.
(2) DURANTON, T. 13, n° 413.

caractères les reconnaître? Notre article nous les signale : « Nulle preuve, dit-il, n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire. » Les présomptions absolues sont donc celles en vertu desquelles certains actes sont annulés ou l'action en justice déniée.

Telle est la présomption sur laquelle sont fondées les dispositions des articles 911 et 1099, relativement aux interpositions de personnes.

Quant à celles en vertu desquelles l'action en justice est déniée, c'est-à-dire celles sur le fondement desquelles la loi accorde au défendeur une exception péremptoire pour repousser l'action qui serait intentée contre lui, nous en trouvons des exemples dans la prescription à l'effet d'acquérir ou de se libérer, et dans la remise présumée de la dette, conformément aux articles 1282 et 1283.

Cette matière de la remise de la dette nous fournit même, tout à la fois, un exemple de présomption absolue et d'admission de la preuve contraire. En effet, l'article 1283 porte que la remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le payement, sans préjudice de la preuve contraire. Voilà donc une présomption sur le fondement de laquelle la loi crée, en faveur du débiteur, une exception péremptoire à l'action en payement, et en même temps à l'égard de laquelle la loi réserve toute preuve contraire.

Les auteurs (1) citent en général cet exemple comme unique dans le Code. Et M. Toullier (2) déclare que cet exemple n'en est pas un et qu'il n'en existe pas. Car il va jusqu'à prétendre que l'article 1283 établit une présomption de remise de dette qui ne saurait être rangée au nombre de celles sur lesquelles la loi fonde la dénégation de l'action en justice. Mais cette opi-

(1) DURANTON, T. 13, n° 413. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 593, n°s 9. — BONNIER, n° 667.

(2) T. 10, n° 60.

nion extrême est en opposition formelle avec le texte de la loi, puisqu'en faisant de la remise volontaire de la grosse du titre une présomption légale de libération, il établit en faveur du débiteur une exception péremptoire, il dénie, en un mot, au prétendu créancier, l'action en justice, mais seulement sauf preuve contraire.

D'autre part, il nous semble qu'il existe d'autres cas où la loi dénie l'action en justice sur le fondement d'une présomption légale, et admet, néanmoins, la preuve contraire. Ainsi, la présomption de légitimité ne peut être combattue, et l'action en désaveu admise, que dans certains cas déterminés par les articles 312 et 313. De même, la reprise du mobilier réputé acquêt de communauté ne peut se faire, d'après les articles 1499 et 1504, que sur un inventaire ou état en bonne forme, ou titre propre à justifier de sa consistance et valeur, déduction faite des dettes. Enfin, la présomption de mitoyenneté des murs, fossés, haies (653, 666, 670), ne peut être écartée qu'à l'aide de l'un des moyens de preuve ou marques de non mitoyenneté indiqués par les articles 654, 667 et 670, C. Nap.

La présomption sur le fondement de laquelle la loi dénie, dans ces divers cas, soit l'action en désaveu, soit l'action en reprise du mobilier, ou en revendication de propriété, ne laisse pas d'être absolue, quoique la loi admette la preuve contraire. Mais il y a cette différence entre l'espèce prévue par l'article 1283 en matière de remise de dette, et les autres exemples que nous venons de citer, que, dans ces derniers, la présomption légale ne peut être combattue que dans certains cas particuliers, ou à l'aide de moyens de preuve spécialement déterminés, tandis que l'article 1283 admet contre la présomption de remise ou de payement toute espèce de moyens de preuve, sans en exclure aucun.

8. Nous avons ainsi une triple gradation quant à l'autorité probante des présomptions légales absolues : les unes n'admettent aucune preuve contraire; les autres ne l'admettent que dans certains cas particuliers, et à l'aide de moyens spéciale-

ment indiqués; les dernières enfin l'admettent d'une manière générale, sans distinction ni exclusion d'aucun moyen.

Mais elles ont toutes ce caractère commun, que, pour être admissible, la preuve contraire doit être expressément réservée par la loi. L'admission de cette preuve n'étant dès lors autorisée qu'exceptionnellement, les seuls moyens de preuve recevables sont ceux que la loi détermine elle-même. Mais lorsque, comme dans l'hypothèse prévue par l'article 1283, elle se borne à admettre en termes généraux la preuve contraire, cette preuve peut être administrée par tous les moyens ordinaires de droit commun.

6. On ne doit considérer comme véritablement absolues, *juris et de jure*, que les seules présomptions légales sur le fondement desquelles la loi annule certains actes, ou établit une exception péremptoire contre l'action en justice (1). Tel est le sens des termes mêmes de l'article 1352. Mais, pour qu'elles aient ce caractère de présomptions absolues, il faut qu'elles aient pour conséquence immédiate et directe, soit l'annulation de certains actes, soit une exception péremptoire équivalente à une dénégation de toute action en justice.

On ne saurait, en effet, considérer comme telles les présomptions légales qui n'aboutissent à ces résultats que d'une manière indirecte et détournée. Par exemple, le possesseur actuel qui prouve avoir possédé anciennement est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire (2234). Cette présomption servant à caractériser la possession peut sans doute conduire à l'établissement de la prescription, et par suite servir de fondement à une exception péremptoire. Mais, ce n'en est pas la conséquence immédiate et directe, et si elle produit ce résultat, ce n'est que par une voie indirecte. Elle n'est donc pas absolue, *juris et de jure*, tandis que la prescription, dont elle est cependant l'un des éléments constitutifs, établit une présomption de ce genre. C'est que la prescription

(1) Toullier, t. 10, nos 19 et suiv.

a pour effet immédiat de créer une exception péremptoire à l'action, ou, pour employer les termes de l'article 1352, que la loi, sur son fondement, dénie l'action en justice.

7. Il suffit d'indiquer les caractères des présomptions absolues pour donner, par cela même, le moyen de reconnaître les présomptions simples. On doit considérer comme telle toute présomption légale, à quelque ordre de faits qu'elle se rattache, qui n'a pas pour objet direct de fonder, soit l'annulation de certains actes, soit la dénégation de l'action en justice.

Quant aux présomptions de cette espèce, comme il est de leur nature de céder à la preuve, elles admettent toutes la preuve contraire. Peu importe qu'une disposition expresse l'a i ou non réservée. Elle est indistinctement recevable dans tous les cas. Il est, en effet, de principe que les présomptions légales sont susceptibles d'être combattues par la preuve contraire; et, si l'article 1352 en indique quelques-unes qui sont exclusives de cette preuve, à moins que la loi ne l'ait expressément et spécialement réservée, cette disposition ne s'applique qu'aux seules présomptions absolues dont il s'occupe, et nullement aux présomptions simples qui forment une classe plus générale. Elle est donc exceptionnelle, comme le genre de présomptions qu'elle prévoit, et ce serait en détourner le sens et la portée que d'en faire également la règle des présomptions ordinaires (1).

8. La preuve à l'aide de laquelle les présomptions légales peuvent être combattues, peut être administrée par tous les moyens de droit commun, soit par titres écrits, soit par témoins, soit même par de simples présomptions de fait (2), dans les cas où ce genre de preuve est admissible d'après les règles ordinaires du droit.

Mais remarquons bien que, quelle qu'elle soit, la preuve

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 591, n° 4. — TOULLIER, T. 10, n° 48. — DURANTON, T. 13, n° 412 et suiv.

(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 591. — *Contrà*, TOULLIER, T. 10, n° 63.

administrée doit avoir pour objet, soit d'établir des faits autres et différents, soit de modifier ou de détruire ceux sur lesquels la présomption de la loi est fondée. De même que le juge ne peut écarter une présomption légale par le motif qu'elle est en elle-même contraire à la logique et à la raison, la partie qui l'attaque ne peut la combattre par une imputation générale d'inexactitude et d'erreur, alors même qu'elle s'autoriserait de l'expérience pour la contredire. Pour être admissible, la preuve contraire doit attaquer la présomption de la loi dans les faits mêmes qui lui servent de fondement, et dans les circonstances particulières qui entourent ces faits. Il faut, en un mot, que l'on dise et que l'on prouve, dans l'offre et l'administration de la preuve, non pas que la présomption est erronée en droit, mais qu'elle est inexacte en fait, ou plutôt qu'elle est inapplicable à la cause, comme y étant dénuée de toute espèce de fondement. Or, c'est là un point de fait à l'égard duquel tous moyens de preuve sont admissibles, d'après les règles du droit commun.

Voët, que cite M. Toullier à l'appui de son opinion contraire, dit très bien (1) : « *Juris præsumptio quæ ex legibus introducta est, ac pro veritate habetur, donec probatione aut præsumptione contrariâ fortiore enervata fuerit, cum ex ipso jure descendat, in potestate vero judicis facti quidèm quæstio sit, non juris auctoritas, consequèns est eam ab arbitrio judicis non pendere.* Comme toute présomption de droit est introduite par la loi, qu'elle est tenue pour la vérité même, jusqu'à ce qu'elle ait été infirmée par une preuve ou présomption plus forte contraire ; comme elle dérive des dispositions mêmes du droit, et qu'il appartient au juge de décider le point de fait, non l'autorité du droit, il s'ensuit que la présomption légale ne dépend pas de l'appréciation arbitraire du juge. » Ce n'est donc que sur la question de fait que les simples présomptions sont admissibles, pour combattre, non pas l'autorité légale, mais seulement l'allégation de la présomption.

(1) *Ad pand., De prob. et præsumpt.*, n° 15.

9. Que veulent dire ces mots qui terminent notre article : et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaire? Ils ont été l'objet de plusieurs systèmes d'interprétation que nous devons indiquer. Si on les applique aux présomptions simplement de droit, *juris*, ils ne signifient qu'une chose, à savoir que, de même qu'elles peuvent être combattues par la preuve contraire, elles peuvent être détruites par l'aveu et le serment, ce qui est évident de soi.

Mais tel n'est pas le sens de ces expressions. Elles se réfèrent, non pas aux présomptions simples, mais aux présomptions absolues, contre lesquelles la loi vient de déclarer elle-même qu'aucune preuve contraire n'est admise, à moins qu'elle n'ait été exceptionnellement réservée. La relation qui existe entre elles et les présomptions de cette nature, jointe à la réserve des cas exceptionnels où la preuve contraire est admise, nous met sur la voie de leur véritable signification. C'est une exception nouvelle que la loi établit ; c'est-à-dire que les présomptions absolues, contre lesquelles la preuve contraire n'est point généralement reçue, peuvent néanmoins être combattues et détruites par l'aveu et le serment. S'agit-il de présomptions absolues à l'égard desquelles la loi a expressément réservé la preuve contraire, nul doute que l'aveu de la partie ne puisse les détruire, en renversant les faits qui leur servent de fondement. Nul doute encore que le serment litis-décisoire ou simplement supplétif ne puisse, dans les mêmes cas, être déféré par la partie ou par le juge, sur l'existence des faits desquels dépend la présomption légale. Telle est l'hypothèse où il s'agit d'une présomption de remise de dette ou de payement, résultant de la remise volontaire du titre original ou de la grosse du titre (1).

Voilà donc cette interprétation déjà vérifiée en partie, au moins pour celles des présomptions absolues qui admettent exceptionnellement la preuve contraire. Mais elle va se vérifier

(1) ZACHARIÆ, t. 5, pag. 593.—BONNIER, n° 668.—MARCADÉ, art. 1352, n° 3.

pleinement même à l'égard de celles qui ne peuvent être combattues par aucune espèce de preuve. Par exemple, quant au serment litis-décisoire, il peut être déféré sur la question de savoir si la chose a été réellement payée (2275, C. Nap.; 189, C. comm.), lorsqu'il s'agit de certaines prescriptions abrégées. Et, quant à l'aveu judiciaire, il peut lui-même, quand il est fait spontanément, et quoique les juges ne puissent remplacer la délation du serment par un interrogatoire sur faits et articles (1), il peut, disons-nous, en matière de prescription, équivaloir à une renonciation de ce mode d'acquérir ou de se libérer. Cependant, aucune preuve n'est admise contre la présomption résultant de la prescription, et sur le fondement de laquelle la loi accorde une exception péremptoire contre l'action formée en justice. Ce n'est donc que par une nouvelle exception que le serment et l'aveu judiciaire sont admis contre une présomption légale, quelque absolue qu'elle soit (2).

Mais, dans le cas même où l'aveu spontané du débiteur équivaut, d'après les circonstances, à une renonciation à la prescription acquise, il y a toujours cette différence entre ses effets et ceux de la délation du serment décisoire : c'est qu'il n'est, après tout, que l'abandon d'un droit acquis, tandis que la délation du serment tend à infirmer d'une manière directe même l'autorité légale de la prescription, considérée comme présomption absolue de la loi.

10. Quant aux présomptions sur le fondement desquelles la loi annule certains actes, sans réserver la preuve contraire, nous n'en voyons aucune qui fasse encore place à l'aveu ou au serment. Ils nous paraissent, dans tous les cas, inefficaces et conséquemment inadmissibles.

Cependant, les annotateurs de M. Zachariæ (3) proposent une distinction au sujet des présomptions d'interposition de personnes, établies par les articles 911 et 1100. Le disposant

(1) TROPLONG, *Prescript.*, n° 995.
(2) Voy. DURANTON, t. 13, n° 414.
(3) T. 5, pag. 594, n° 11.

attaque-t-il lui-même sa libéralité, la personne réputée interposée contre laquelle l'action est dirigée, peut déférer le serment au donateur, ou le faire interroger sur le point de savoir si, en réalité, la disposition n'a pas été faite exclusivement à son profit personnel. Au contraire, si ce sont les héritiers du disposant qui attaquent la libéralité comme frauduleusement faite par leur auteur, la délation du serment et l'interrogatoire sur faits et articles doivent être rejetés. Ils fondent cette distinction sur ce que, dans le premier cas, la contestation ne touche en aucune manière à l'ordre public, parce qu'il n'y a d'engagés que les intérêts privés du donateur et du donataire; tandis que, dans le second cas, le serment et l'interrogatoire sont proposés sur des faits non personnels aux héritiers du donateur, et qu'on ne peut même séparer les intérêts de ceux-ci, qui sont des tiers, de l'intérêt général.

Nous ne saurions admettre cette distinction, et nous pensons que, en aucun cas, le serment et l'interrogatoire ne peuvent être admis contrairement à la présomption d'interposition de personnes (1). L'établissement de cette présomption participe, en effet, des mêmes considérations d'honnêteté et de moralité publique qui ont déterminé le législateur à consacrer certaines incapacités de recevoir. Il complète les dispositions irritantes de la loi, en assurant leur efficacité, malgré les interpositions frauduleuses à l'aide desquelles on prétendrait les éluder. Si la nullité des libéralités reposait bien moins sur une incapacité de recevoir de la part des donataires, que sur une incapacité de donner de la part du donateur, nous pourrions, à la rigueur, comprendre la distinction que l'on propose. Car alors il serait, au moins en apparence, exact de dire que l'incapacité du donateur cesse à raison de la circonstance avouée et reconnue qu'il a entendu donner exclusivement à la personne réputée interposée, et non à aucune autre. Mais ici la nullité de la donation est fondée sur une véritable incapacité de recevoir de la part des personnes gratifiées. Or, comme cette incapacité

(1) DURANTON, T. 8, n° 268, et T. 13, n° 415.

se communique, par l'effet d'une présomption légale absolue, aux personnes réputées interposées, et que celles déclarées personnellement incapables ne peuvent, par aucun moyen, être relevées de leur incapacité, les personnes réputées interposées ne peuvent non plus être relevées de l'incapacité qui les atteint, au moyen d'aucune espèce de preuve qui tendrait à infirmer l'exactitude ou l'efficacité de la présomption légale.

D'autre part, cette incapacité est la même à l'égard du donateur qu'à l'égard de ses héritiers; et si on reconnaît que, par rapport à ceux-ci, l'intérêt public se lie à l'intérêt privé, pour s'opposer à l'exécution de la libéralité, on est également forcé de reconnaître que ce même intérêt public existe à l'égard du donateur. On peut même dire en toute vérité que les héritiers, alors qu'ils ne sont pas réservataires, ou que leur réserve n'est pas entamée, n'exercent aucun droit personnel et ne font qu'exercer ceux qu'ils tiennent de leur auteur, quand ils poursuivent la nullité de la libéralité, comme étant faite à personnes interposées. Comment, dès lors, seraient-ils d'une autre condition que leur auteur? Comment, à leur égard, la présomption de la loi conserverait-elle toute sa force, d'une manière absolue, tandis que, vis-à-vis de lui, elle pourrait être détruite par l'effet d'un serment ou d'un aveu? S'il en était autrement, on ne voit pas pourquoi le donateur ne s'exclurait pas lui-même, ainsi que ses représentants, du droit de demander la nullité de la donation, en reconnaissant dans l'acte qu'il fait en réalité, la libéralité au profit du donateur dénommé, et non au profit des personnes pour lesquelles la loi le répute interposé. Car, l'aveu et le serment n'ayant d'autre objet que d'en procurer la preuve, il devrait importer peu que cette preuve vînt d'une reconnaissance contemporaine avec la libéralité, ou de la délation d'un serment, ou d'un aveu fait en justice. Mais il est impossible d'accepter une pareille conséquence, qui anéantirait tous les effets de la présomption légale.

11. Il est, au surplus, une autre interprétation beaucoup plus simple de ces derniers mots : sauf ce qui sera dit du ser-

ment et de l'aveu judiciaire. Elle nous paraît la seule vraie. Peut-être même est-ce à cause de son extrême simplicité qu'elle a échappé jusqu'à présent; et si nous avons suivi les auteurs dans la voie d'interprétations différentes où ils se sont engagés, c'est que les développements dans lesquels nous sommes entré, quelque peu fondés qu'ils soient sur le texte littéral de l'article 1352, peuvent au moins servir à compléter la théorie des présomptions légales, dans leurs rapports avec le serment et l'aveu judiciaire.

Cette explication donnée, nous disons donc que les mots qui terminent notre article ne veulent absolument rien dire. Ils ne contiennent qu'un simple renvoi aux sections IV et V, où le législateur s'occupe de l'aveu de la partie et du serment. En effet, l'article 1350 indique quatre ordres différents de présomptions légales; les trois premiers forment le sujet des articles 1351 et 1352. Quant au dernier, qui concerne l'aveu de la partie ou son serment, comme il n'est dans cette section l'objet d'aucune disposition particulière, il est tout naturel d'indiquer un renvoi aux sections suivantes, où cette présomption légale est particulièrement traitée.

Et ce renvoi même nous paraît signifier, non pas que l'aveu et le serment peuvent, dans certains cas exceptionnels, servir à combattre les présomptions absolues contre lesquelles la preuve contraire n'est pas admise, mais seulement qu'il sera expliqué plus loin si et comment la force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment, peut, comme présomption légale, être combattue et détruite. Cette interprétation toute naturelle se justifie, à nos yeux, par cette considération, que les sections IV et V ne contiennent aucune disposition sur l'aveu et le serment, considérés comme moyens de contredire les présomptions légales et absolues, tandis, au contraire, que le législateur a pris soin d'y indiquer comment l'aveu et le serment sont à l'abri de toute révocation et de toute attaque.

§ II. *Des Présomptions qui ne sont point établies par la loi.*

ARTICLE 1353.

Les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.

Sommaire.

1. En quel cas les présomptions simples sont admissibles.
2. Exceptions aux prohibitions de la preuve testimoniale.
3. Sens de ces mots, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.
4. Suite.
5. Suite.
6. Les présomptions de fait sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat.
7. Quand sont-elles graves, précises et concordantes.
8. Si une seule présomption,
9. Ou un seul témoin peuvent suffire.
10. Renvoi au Code de procédure.

COMMENTAIRE.

1. Il s'agit ici des présomptions qui ne sont point établies par la loi, c'est-à-dire des présomptions de fait ou de l'homme.

Ces présomptions, quelque graves qu'elles soient, ne doivent être admises que dans les cas seulement où la loi admet la preuve testimoniale. L'article 1353 en a une diposition expresse. Si, en effet, elles étaient recevables alors même que la preuve testimoniale est inadmissible, il y aurait inconséquence et contradiction dans la loi, puisqu'elle fournirait le moyen d'éluder ses prohibitions par l'admission de présomptions qui n'auraient d'autre fondement que la preuve testimoniale elle-même.

2. Mais nous devons remarquer que si les présomptions in-

voquées se confondaient avec la vraisemblance qui résulte d'un acte écrit, touchant l'existence d'un fait contesté, comme alors il existerait un commencement de preuve par écrit qui rendrait la preuve testimoniale admissible, les présomptions seraient elles-mêmes recevables.

Il en est de même au cas où les présomptions se réfèrent à l'existence d'un fait dont la constatation préalable a pour conséquence de faire admettre exceptionnellement la preuve testimoniale d'une obligation. Ainsi, je pourrai invoquer les simples présomptions de fait pour établir les circonstances et accidents qui me placent dans l'une des exceptions prévues par l'article 1348.

Telle est donc la règle générale : les présomptions de fait ne sont admises que dans le cas où la preuve testimoniale est admissible ; mais elles le sont dans tous les cas où cette preuve est recevable.

3. Que signifient ces mots qui terminent notre article : à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol? Faut-il les entendre en ce sens, que les simples présomptions de fait ne sont point alors admises, par exception, quoique la preuve testimoniale soit admissible? Une semblable interprétation doit être rejetée. Ces expressions signifient seulement que, sans rechercher si la preuve testimoniale est ou non admise, les présomptions ordinaires sont toujours et indistinctement recevables, lorsque l'acte est attaqué pour cause de fraude et de dol ; ou, mieux encore, elles signifient que l'inadmissibilité des présomptions cesse dans ce cas. Car ces mots, à moins que....., se réfèrent, non à la faculté, mais à la défense d'admettre (1).

Alors l'admission des simples présomptions n'est elle-même que la conséquence des règles générales de droit. Nous avons vu, en effet, que l'article 1348 fait exception aux prohibitions de la preuve testimoniale, en faveur des obligations qui naissent des délits ou quasi-délits, c'est-à-dire pour les cas de dol

(1) Duranton, t. 10, n° 196, et t. 13, n° 530.

et de fraude. Les présomptions de fait sont donc admises ici précisément dans l'un des cas pour lesquels elles sont déclarées généralement admissibles.

4. Prétendrait-on que ces mots : à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude et de dol, signifient que les présomptions seules sont admises dans ce cas et que la preuve testimoniale est exclue ? Ce serait encore une erreur manifeste. L'article 1348 ayant déclaré la preuve testimoniale admissible en matière de délits et de quasi-délits, c'est-à-dire de dol et de fraude, comment admettre que l'article 1353 vienne maintenant l'exclure pour n'admettre que les simples présomptions? N'est-il pas évident, au contraire, qu'en admettant les présomptions pour établir le dol et la fraude, il le fait précisément parce que la preuve testimoniale est également admissible, et que l'admissibilité des unes correspond à l'admissibilité de l'autre, en conformité des règles générales déjà posées ? Toute espèce de doute disparaît d'ailleurs en présence des paroles mêmes du législateur. M. Bigot de Préameneu disait au Corps législatif : « On doit observer que cette exclusion de la preuve testimoniale ne s'étend pas au cas de fraude. » Et M. Jaubert disait au tribunat : « La fraude et le dol ne se présument pas ; mais celui qui les allègue doit être admis à pouvoir les prouver par témoins ; car, si la fraude ne se présume pas, ceux qui la commettent ne manquent pas d'employer tous les moyens pour la cacher. La morale publique exige donc que la preuve testimoniale soit admise dans cette matière (1)..... »

5. Soutiendrait-on enfin que si ces mots : à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude et de dol, ne font pas exception à l'admissibilité des présomptions ordinaires de fait, ils se réfèrent au moins à leur qualité, en ce sens que, par exception, elles suffisent, en cas de dol et de fraude, bien qu'elles ne soient point, ainsi que la loi l'exige dans les autres cas, graves, précises et concordantes ?

(1) Locré, t. 12, pag. 407, 531.

Cette interprétation doit être également repoussée. Nous avons, en effet, établi déjà que l'admission des présomptions pour prouver le dol et la fraude avait lieu, d'après l'article 1353, en conséquence et en conformité des règles qui, dans le même cas, admettent la preuve testimoniale. Or, si cet article ne contient ni dérogation, ni exception aux principes déjà posés quant à l'admission des présomptions, il ne saurait de même en contenir aucune quant à leurs qualités intrinsèques. Aussi, les mots qui le terminent se réfèrent-ils, non aux conditions des présomptions, mais à leur admissibilité seulement, en ce sens que les présomptions étant déclarées admissibles dans tous les cas où la loi admet la preuve testimoniale, elles le sont de la même manière lorsque l'acte est attaqué pour cause de dol et de fraude.

On pouvait sans doute supprimer ce dernier membre de phrase ; mais, puisqu'il existe, il convient de lui donner un sens qui mette l'article tout entier en concordance avec les principes généraux qui régissent la matière. Peut-être est-il possible d'expliquer cette rédaction par la nécessité où le législateur s'est cru de bien faire entendre que les parties contractantes elles-mêmes seraient admises à prouver par témoins et par présomptions le dol et la fraude dont elles se prétendraient victimes. Ainsi entendu, et il ne peut l'être autrement, l'article 1353 ne présente qu'une pensée juste, mais avec une rédaction quelque peu imparfaite.

6. Les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat (1353). Il en est le souverain appréciateur, et la loi ne lui demande aucun compte de l'appréciation qu'il en a faite. Il est en quelque sorte constitué juré, et il ne lui est prescrit aucune règle de laquelle il doive faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve. Mais il ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes (1353).

7. La condition essentielle de toute présomption, c'est que l'existence du fait de laquelle on prétend déduire, par voie de

conséquence et d'induction, la preuve du fait inconnu ou contesté, soit elle-même légalement établie. Si ce fait n'était pas reconnu et avéré, s'il était douteux et incertain, la présomption qu'on essayerait d'en tirer manquerait de base. Il y aurait place tout au plus à un soupçon vague, à une simple conjecture. Avant donc d'apprécier les caractères d'une présomption, il faut que le fait qui lui sert de fondement et de point de départ soit légalement connu. Ce n'est qu'après seulement que l'on peut en apprécier la gravité, la précision et la concordance.

Les présomptions sont graves, lorsque les rapports du fait connu au fait inconnu sont tels que l'existence de l'un établit, par une induction puissante, l'existence de l'autre. Ce n'est pas que la loi exige entre eux des relations d'une nécessité absolue ; il suffit qu'elles établissent, d'après la nature ordinaire des choses, et pour tout homme raisonnable et sensé, qu'il est impossible que le fait soit autrement, et qu'il existe nécessairement, dans l'acception relative de ce mot, tel qu'on s'était proposé et qu'on était tenu de l'établir.

Les présomptions sont précises, lorsque les inductions qui résultent du fait connu tendent à établir directement et particulièrement le fait inconnu et contesté. S'il était également possible d'en tirer des conséquences différentes et même contraires, d'en inférer l'existence de faits divers et contradictoires, les présomptions n'auraient aucun caractère de précision et ne feraient naître que le doute et l'incertitude.

Elles sont enfin concordantes, lorsque, ayant toutes une origine commune ou différente, elles tendent, par leur ensemble et leur accord, à établir le fait qu'il s'agit de prouver. Elles se prêtent alors une force mutuelle, et leur réunion a une puissance que chacune d'elles n'a pas isolément. Si, au contraire, elles se contredisent, si elles se contrebalancent et se neutralisent, elles ne sont plus concordantes, et le doute seul peut entrer dans l'esprit du magistrat.

On doit donc rejeter toutes les présomptions où le fait connu n'a pas une liaison essentielle avec le fait principal qu'il s'agit

d'établir, et n'en indique pas l'existence comme une conséquence nécessaire. On doit écarter celles qui ne sont point exemptes d'équivoques, d'ambiguités, de double sens, et ne réunissent pas les caractères de la vraisemblance qui consistent surtout dans l'unité. Il ne faut pas considérer comme indices suffisants de simples conjectures vagues et arbitraires, des apparences incertaines, des rapports obscurs et éloignés que l'esprit de système seul peut accepter, en les accommodant à ses interprétations violentes ou subtiles. Existe-t-il plusieurs présomptions, elles doivent toutes concourir et s'accorder, de telle sorte qu'au lieu de se contrarier et de se démentir, elles se lient, s'enchaînent, naissent l'une de l'autre et se fortifient mutuellement. Mais le nombre ne saurait suppléer à la force. Quand chaque présomption isolée est trop faible pour établir une vraisemblance raisonnable, leur concours ne peut établir une certitude.

Mais, comme chacun a sa manière de voir et d'apprécier les choses, vainement le législateur aura prescrit aux juges de n'admettre que des présomptions graves, précises et concordantes ; le fait pourra toujours impunément l'emporter sur le droit. L'appréciation des présomptions étant entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge, il peut incessamment considérer comme graves, précises et concordantes telles présomptions auxquelles un autre dénie avec raison ces caractères. En cette matière, l'erreur sur le fait jouit d'une impunité absolue et échappe à toute censure de la Cour de cassation (1).

Mais plus le pouvoir du magistrat est étendu, plus il doit être sagement modéré dans son exercice. Puisque son appréciation quant au point de fait ne relève que de sa conscience, la justice et l'équité lui font un impérieux devoir d'examiner avec une attention sévère et réfléchie les diverses circonstances de chaque cause. Il n'appartient pas à la loi de lui en tracer

(1) Duranton, t. 13, nos 531 et 532. — Zachariæ, t. 5, pag. 755. — Toullier, t. 10, no 20. — Bonnier, no 614. — Cass., 27 avril 1830. Sirey, 30, 1, 186. — 1er fév. 1832. Sirey, 32, 1, 139. — 20 déc. 1832. Sirey, 33, 1, 314.

les règles. Elles sont du ressort exclusif de la logique. Elle seule peut enseigner, avec l'art du raisonnement, les caractères des présomptions, et apprendre à quelles conditions elles sont graves, précises et concordantes. Il ne suffit donc pas de connaître la loi; son application exige en outre de la part du magistrat une grande sûreté de bon sens, une rectitude parfaite de raison, et une science de discernement que la logique seule dirige et que l'expérience perfectionne.

8. On s'est demandé si l'article 1353, en prescrivant au juge de n'admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, ne lui a pas par là même enjoint de ne former sa conviction qu'avec le concours de plusieurs présomptions, réunissant toutes ces trois caractères de gravité, de précision et de concordance. Telle est l'opinion de M. Toullier (1). Mais elle nous semble inadmissible.

Que plusieurs présomptions réunies aient une plus grande autorité de démonstration, on ne saurait le contester. Cependant, il est impossible d'en conclure que le Code ait imposé au magistrat l'obligation de ne se prononcer que d'après le concours de plusieurs présomptions, et jamais sur une présomption unique. En effet, par leur nature même, les présomptions sont nécessairement abandonnées aux lumières et à la prudence du juge. La loi, qui ne peut prévoir toutes les circonstances, aurait tenté une chose non moins injuste qu'impossible, si elle eût voulu tracer au magistrat des règles impératives et absolues. Aussi, s'en est-elle rapportée à son pouvoir discrétionnaire. Or, telle présomption, quelque unique et isolée qu'elle soit, peut être plus forte que le concours de plusieurs présomptions. Pourquoi, dès lors, ne pas autoriser le juge à former sa conviction sur cette seule présomption? N'ont-elles pas toutes pour fondement les témoignages des hommes? Et, si les témoignages se pèsent et ne se comptent pas, pourquoi en serait-il autrement des présomptions?

Remarquons, d'ailleurs, qu'une seule présomption en en-

(1) T. 10, nº 20.

gendre en réalité plusieurs, suivant les divers aperçus sous lesquels elle est envisagée. Il ne faut même pas un grand effort de raisonnement, ni une subtile fécondité de discussion, pour multiplier les présomptions qui naissent d'un fait connu, à proportion des rapports que l'esprit peut saisir entre ce fait et celui qu'il s'agit de prouver. Comment donc supposer que l'article 1353 ait exigé un concours de présomptions qu'il est si facile de produire, et en ait fait une obligation à laquelle il est toujours si facile de satisfaire, même en l'éludant? Nous pensons, en conséquence, que le magistrat est investi d'un pouvoir discrétionnaire, soit quant au nombre, soit quant à la puissance des présomptions nécessaires pour former légalement sa conviction (1).

9. Cette question nous conduit à une autre. C'était une règle admise et incontestée sous le droit romain et notre ancienne jurisprudence, qu'un seul témoin, quel qu'il fût, brillât-il des honneurs du sénat, *etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat* (2), était insuffisant pour produire une preuve légale, à moins que son témoignage ne fût fortifié par d'autres indices, équivalents à la déposition de témoins. Ce principe se résumait dans cette maxime vulgaire et triviale, *testis unus, testis nullus,* ou, comme dit Loisel (3), voix d'un, voix de nun.

Elle ne subsiste plus maintenant, pas plus en matière civile qu'en matière criminelle. « La loi ne dit point aux juges : vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins ; elle ne leur dit pas non plus : vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices ; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : Avez-vous une intime conviction? »

Cette instruction que la loi adresse aux jurés (342, C. inst.

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 755. — Bonnier, n° 644.
(2) L. 9, § 1, C. *De testib.*
(3) *Instit.*, liv. 5, tit. 5, n° 10.

crim.) est aussi faite pour les juges civils. Ils peuvent admettre comme vrai et légalement vérifié un fait qui n'est attesté que par un seul témoin, de même qu'ils peuvent rejeter comme faux ou non suffisamment établi, tout fait qui est attesté par deux ou plusieurs témoins. Telle est la conséquence du pouvoir discrétionnaire d'appréciation qui leur est abandonnée en matière de présomptions, puisqu'ils peuvent toujours, suivant leurs lumières et leur prudence, puiser dans les diverses circonstances de la cause des indices et des éléments capables, soit de corroborer, soit d'infirmer les témoignages.

10. Quant aux règles qui concernent les qualités physiques ou légales des témoins, les causes pour lesquelles ils peuvent être reprochés, la manière de les entendre et de les reprocher, ainsi que les formalités des enquêtes, comme elles appartiennent au Code de procédure, elles restent étrangères à notre commentaire.

SECTION IV.

DE L'AVEU DE LA PARTIE.

ARTICLE 1354.

L'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire, ou judiciaire.

Sommaire.

1. Définition de l'aveu ou confession.
2. Il a un fait pour objet.
3. Ses conditions essentielles.
4. Il ne fournit quelquefois qu'une preuve indirecte.
5. Ces règles sont communes à toute espèce d'aveux.

COMMENTAIRE.

1. L'aveu, que l'on appelait confession dans notre ancien droit, est la déclaration par laquelle une personne reconnaît comme vrai un fait de nature à produire, à son égard, un engagement juridique.

Toute déclaration par laquelle on tient pour vrai un fait quelconque ne saurait constituer un aveu proprement dit. Il faut que ce fait soit capable d'engendrer des obligations et des droits. Autrement, ce ne serait pas un aveu, dans le sens où la loi le considère, puisque, portant sur des faits insignifiants, il ne pourrait pas être efficacement opposé à la partie de qui il émane. Aussi, l'article 1354 dit-il, l'aveu qui est opposé à une partie.

2. Les faits seuls sont susceptibles de faire la matière d'un aveu. Les déclarations, reconnaissances, consentements que l'on pourrait fournir sur une question de droit, dont la solution préalable importe à la décision du procès, ne constituent pas un aveu (1). Le point de droit demeure entier, nonobstant toutes déclarations et reconnaissances de la partie.

3. L'aveu doit être, avant tout et essentiellement, un acte spontané, éclairé et libre de la volonté. Ce n'est pas qu'on puisse de tous points l'assimiler au consentement nécessaire à la formation des conventions. Mais il doit, comme lui, émaner d'une volonté éclairée et libre. Toutefois, à la différence du consentement conventionnel, l'aveu se rapporte toujours à des faits passés et préexistants. Il est même moralement forcé, comme témoignage rendu de la vérité d'un fait que l'on ne peut, sans mentir, s'empêcher de reconnaître.

De même que dans la formation des conventions, il faut avoir la pensée sérieuse de s'engager, *aminus contrahendæ obligationis*, de même, dans l'aveu, il est nécessaire d'avoir l'intention de reconnaître comme légalement avéré le fait auquel il s'applique. Telle est la condition substantielle de laquelle dépend sa force probante. On ne saurait donc considérer comme constituant un aveu légalement qualifié, les déclarations, de quelque espèce et nature qu'elles soient, par lesquelles une partie reconnaît l'existence d'un fait, si elle ne fournit ces dé-

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 595.

clarations avec la pensée sérieuse d'en faire contre elle, au profit de son adversaire, une preuve légale.

Nous ne parlons pas ici seulement des déclarations qui sont faites par forme de plaisanterie, par ironie, et qui, par ce caractère même, sont moins un aveu qu'une dénégation. Nous voulons parler encore, et surtout, de certaines allégations qu'une partie produit à l'appui de sa demande ou de sa défense. Alors même que ces allégations auraient été présentées à l'audience, ou consignées dans un interrogatoire sur faits et articles, elles ne forment point un aveu proprement dit, si elles n'ont été faites avec l'intention de mettre l'adversaire à même de les invoquer comme une reconnaissance sérieuse et réfléchie des faits auxquels elles se rapportent (1).

Telles sont, fort souvent, les allégations et explications fournies, dans le cours d'une instance, par le demandeur ou par le défendeur, soit qu'il s'agisse de justifier une demande ou une exception. Elles sont plutôt de simples moyens de défense que de véritables aveux, non seulement à l'égard des tiers, mais encore envers la partie qui entend s'en prévaloir.

Cependant, les déclarations de cette espèce ne sont pas toujours dénuées de toute force probante. Elles peuvent, pourvu que les autres conditions exigées viennent à concourir, former un commencement de preuve par écrit, en rendant vraisemblable le fait qui en forme le sujet. Mais alors elles ne font pas foi comme l'aveu. Elles ne fournissent qu'un simple commencement de preuve qui a besoin d'être complété. On rentre, en un mot, dans les règles communes de la preuve testimoniale.

4. Au lieu de porter précisément sur le fait contesté, et d'en fournir ainsi la preuve directe, l'aveu porte souvent sur un fait dont l'existence, reconnue et avérée entre les parties, établit simplement une présomption par rapport à l'autre. Quant au fait auquel il s'applique directement, il a sans doute toute la

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 595.

force probante qui est inhérente à sa nature; mais, à l'égard de l'autre fait de l'existence duquel il fournit une simple présomption, il ne produit qu'une preuve indirecte, dont l'appréciation rentre dans les règles ordinaires de la preuve.

5. Les principes que nous venons de poser sont communs à toute espèce d'aveux. Il en est d'autres qui leur sont également et indistinctement applicables. Peut-être conviendrait-il de les indiquer ici. Cependant, nous pensons qu'il est préférable de ne les présenter que dans les développements successifs de notre commentaire. Nous nous bornons donc à dire, quant à présent, qu'il y a deux espèces d'aveux : l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire (1354). Nous verrons, sous les articles suivants, quels sont les caractères propres, les conditions essentielles et la force probante de chacun d'eux.

Article 1355.

L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible.

Sommaire.

1. De l'aveu extrajudiciaire. Il est verbal ou écrit.
2. Caractères de l'aveu extrajudiciaire écrit.
3. De l'aveu extrajudiciaire verbal. Sa preuve.
4. Sa force probante.
5. Suite.
6. Conclusion. Il fait preuve suivant les circonstances.
7. L'aveu extrajudiciaire est exprès ou tacite.

COMMENTAIRE.

1. L'aveu extrajudiciaire est celui qui est fait hors justice (1). Mais cette définition s'expliquera et se complètera par celle que nous donnerons, sous l'article suivant, de l'aveu judiciaire.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 801.

Il est verbal ou écrit : verbal, lorsqu'il résulte de simples déclarations orales, soit qu'elles aient eu lieu dans une conversation ordinaire, ou qu'elles consistent dans une reconnaissance faite exprès à cette intention; écrit, lorsqu'il est constaté dans un acte quelconque, privé ou public, émané de celui auquel on l'oppose, comme une lettre missive, une reconnaissance sous signature privée, un acte reçu par un officier public. S'agit-il d'un acte sous seing privé, il doit être rédigé dans les formes voulues pour faire foi. S'agit-il d'un acte public, il doit être reçu par un officier public compétent, et avec les solennités requises.

2. Il ne faut pas confondre les actes que nous signalons ici comme contenant un aveu extrajudiciaire, avec ceux que les parties rédigent précisément en vue de constater leur convention ou disposition, soit qu'il s'agisse d'un acte primordial, récognitif ou confirmatif. Les actes de cette nature ne contiennent aucun aveu proprement dit, et fournissent seulement une preuve littérale, d'après les règles et les principes que nous avons précédemment développés. L'aveu extrajudiciaire écrit doit donc résulter exclusivement et essentiellement d'actes qui n'avaient pas pour objet précis et exprès de constater le fait, mais qui se bornent à l'établir d'une manière incidente et par forme d'énonciation, accessoirement à la constatation de tout autre fait, contrat ou disposition.

Il semble qu'en traitant de la preuve littérale et du commencement de preuve par écrit, nous ayons par avance épuisé tout ce que l'on peut dire de la force probante de l'aveu extrajudiciaire écrit. Il est, en effet, incontestable que l'aveu de cette espèce se confond, sous le rapport de la preuve qui en résulte, avec la preuve littérale proprement dite. Le silence même du Code à cet égard confirme la vérité de cet aperçu. Aussi, nous bornerons-nous à dire sur ce point que l'aveu extrajudiciaire peut, suivant les circonstances et d'après les règles exposées plus haut, fournir, soit une preuve littérale complète, soit un commencement de preuve par écrit.

3. Nous nous occuperons donc seulement de l'aveu extrajudiciaire verbal. L'article 1355 n'en traite qu'au seul point de vue de l'admissibilité de sa preuve. L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal, porte notre article, est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait pas admissible.

Cette disposition n'est que la conséquence des prohibitions dont la preuve testimoniale est l'objet. Si l'on pouvait en effet, dans tous les cas, établir par témoins l'existence d'un aveu extrajudiciaire verbal, on aurait un moyen facile d'éluder les prohibitions de la loi, puisque, pour être admis à la preuve testimoniale, il suffirait d'alléguer un aveu extrajudiciaire. Au lieu de produire des témoins sur l'existence de la convention ou disposition, on en produirait alors sur le fait de l'aveu allégué, et l'on arriverait tout de même à la preuve du fait principal, à la faveur de la preuve d'un aveu verbal qui en contient la reconnaissance.

Mais si la preuve testimoniale est admissible, soit parce que la chose qui fait le sujet de la convention ou disposition n'excède pas cent cinquante francs, soit parce qu'il existe un commencement de preuve par écrit, ou qu'on se trouve dans un cas particulier d'exception, la preuve par témoins est alors recevable sur l'existence de l'aveu verbal allégué, comme elle le serait sur l'existence même du fait contesté (1).

4. Nous supposons donc l'aveu extrajudiciaire verbal légalement prouvé. Reste à savoir quelle en est la force probante. Le Code ne s'expliquant pas sur ce point, nous devons essayer de suppléer son silence.

L'aveu contient-il, outre la reconnaissance de l'obligation, l'expression de sa cause, de ses conditions, de ses diverses modalités; il fait une preuve complète.

Contient-il simplement la reconnaissance de l'obligation, mais d'une manière vague, générale, et sans en indiquer la

(1) Duranton, t. 13, n° 537. — Toullier, t. 10, n° 301.

cause ; il n'en fournit alors qu'une preuve imparfaite qui a besoin d'être complétée, soit par témoins, soit à l'aide de présomptions, ou au moyen du serment supplétif (1).

5. On fait encore d'autres distinctions. L'aveu extrajudiciaire a-t-il été fait envers le créancier lui-même, en sa présence, sur sa réquisition, ou envers son tuteur, son curateur, son mandataire ; il fournit alors une preuve complète.

Mais la preuve qui en résulte est imparfaite et a besoin d'être complétée, s'il a été fait à des tiers étrangers, hors la présence du créancier qui s'en prévaut plus tard (2), à moins que le débiteur n'ait appelé exprès ces tiers, et ne les ait pris à témoins de sa reconnaissance et pour avoir acte de sa confession. Dans ce cas, l'aveu fait pleine preuve (3).

Nous pensons qu'il en serait de même, si les tiers qui l'ont reçu étaient intéressés à l'existence de la dette. Leur intérêt fait alors qu'ils représentent en quelque sorte le créancier.

Dans le cas même où l'aveu ne fait qu'une preuve incomplète, si le débiteur assigné plus tard en payement dénie l'existence de son obligation, cette dénégation mensongère, jointe à la preuve de son aveu extrajudiciaire, fortifie et suffit au besoin pour compléter la preuve qui en résulte. Et s'il prétend qu'il a payé la dette, c'est à lui à établir clairement le fait de sa libération.

« Mais, ajoute Pothier (4), si mon débiteur assigné est convenu m'avoir effectivement dû cette somme, mais soutient me l'avoir payée depuis qu'il est convenu me la devoir ; soit que sa confession ait été faite à un tiers, soit qu'elle ait été faite à moi-même, soit qu'elle ait été faite dans une conversation, soit qu'elle se trouve dans une lettre missive ou dans quelque autre acte qui n'ait pas été fait pour me servir de preuve de la dette,

(1) DUMOULIN, sur la loi 3, C. *De reb. credit.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 801.

(2) DUMOULIN, POTHIER, *ibid.*

(3) POTHIER, *ibid.*

(4) *Ibid.*

elle ne fera aucune preuve que la somme ne soit encore due aujourd'hui. »

Que, dans ce cas, la bonne foi du débiteur, quand il a reconnu la dette, fasse supposer aussi sa bonne foi quand il allègue un payement, nous l'accordons volontiers. Mais que s'ensuit-il? Que le créancier a établi l'obligation dont il réclame le payement. Or, cette preuve étant faite, c'est au débiteur qu'incombe la charge d'établir sa libération. Que les juges soient alors plus faciles à en admettre la preuve, d'accord; mais que le débiteur soit dispensé de l'administrer, c'est ce que la loi et la raison repoussent énergiquement.

Il nous semble donc tout à fait inexact de prétendre que l'aveu du débiteur ne fait pas preuve que la somme soit encore due. Autrement, il faudrait établir que l'aveu est indivisible, et qu'on ne peut séparer l'aveu de la dette de l'aveu du payement. Or, cette indivisibilité n'existe pas ici, ainsi que nous l'établirons sous l'article suivant. L'opinion de Pothier est, en définitive, empreinte d'une exagération d'équité qui l'a conduit à la violation des principes élémentaires du droit, quant à la charge de la preuve (1).

Les mêmes distinctions sont au surplus applicables, lorsque l'aveu extrajudiciaire, au lieu de s'appliquer, de la part du débiteur, à l'existence d'une dette, se rapporte, de la part du créancier, à un fait de libération. Mais nous devons remarquer que les cas de libération étant plus favorables, la preuve qui résulte de l'aveu, alors même qu'elle n'est pas parfaite, doit être plus facilement accueillie et complétée.

Que si l'aveu extrajudiciaire dont l'existence est alléguée n'était lui-même établi que par un aveu judiciaire, comme les aveux de cette dernière espèce sont indivisibles, il serait alors tout à fait exact de dire avec Pothier que l'aveu fait hors justice et reconnu, sur la poursuite du créancier, ne prouve pas que la dette soit encore due. Vous me poursuivez en payement d'une somme de..., et prétendez que j'en ai fait l'aveu. Je le

(1) Duranton, t. 13, n° 541.

reconnais, et cette reconnaissance de ma part est la seule preuve que vous ayez même de mon aveu; mais j'ajoute que depuis je vous ai payé. Vous ne pourrez diviser mon dernier aveu fait en justice. Que si, au contraire, mon aveu extrajudiciaire était d'ailleurs légalement établi, indépendamment de toute autre reconnaissance de ma part faite en justice, et c'est l'hypothèse où se place Pothier, ce serait à moi de prouver les exceptions à l'aide desquelles je prétends en modifier ou neutraliser les conséquences (1).

6. Que conclure de toutes ces distinctions? Une seule chose, que l'aveu extrajudiciaire verbal ne fait preuve que d'après les diverses circonstances du fait, dont l'appréciation est abandonnée aux lumières et à la prudence des magistrats. Voici comment : L'allégation d'un aveu purement verbal n'étant efficace et utile que lorsqu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale est admissible, et les juges pouvant, dans ce cas, se décider, soit d'après les déclarations des témoins, soit d'après les simples présomptions, il s'ensuit qu'ils peuvent toujours apprécier les circonstances particulières de la cause, sans qu'ils aient à attacher à l'aveu extrajudiciaire verbal, quand il est légalement établi, une plus grande force probante qu'à la preuve testimoniale elle-même, qui se rapporterait directement au fait qui forme le sujet de la demande ou de l'exception (2).

7. L'aveu extrajudiciaire est exprès ou tacite : exprès, lorsqu'il résulte d'une déclaration contenant une reconnaissance formelle du fait, du contrat ou de la disposition; tacite, lorsqu'il résulte implicitement d'un fait d'exécution ou de payement. L'aveu tacite emporte, ainsi que nous l'avons déjà vu, reconnaissance et confirmation. Telle est même son énergie, que la partie qui veut se faire relever des conséquences de son acte doit établir qu'elle a payé par erreur ce qu'elle ne devait

(1) Voy. 1356, n° 7.
(2) TOULLIER, t. 10, n° 305.

pas, sans que celui qui a reçu soit, au contraire, tenu de prouver que l'obligation exécutée à son égard existait réellement. Mais ces questions se rattachant surtout au quasi-contrat résultant de la répétition de l'indû, nous ne devons pas y insister.

Article 1356.

L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial. — Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait. — Il ne peut être divisé contre lui. — Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit.

Sommaire.

1. De l'aveu judiciaire, ou fait en justice,
2. Au bureau de conciliation,
3. Dans des actes autres que ceux qui introduisent ou continuent une instance.
4. Le juge doit être compétent.
5. L'aveu doit avoir lieu dans l'instance même où il est invoqué,
6. Et établi dans l'un des actes de la procédure. Correspondance entre les parties.
7. *Quid*, si un aveu extrajudiciaire a été réitéré en justice.
8. À moins d'exception, le silence n'équivaut pas à aveu.
9. L'aveu doit émaner de la partie ou de son fondé de pouvoir spécial.
10. La partie doit être capable. Mineurs. Femmes mariées.
11. L'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait.
12. Il est un moyen de preuve. Controverse.
13. Exceptions quant à la foi due à l'aveu judiciaire.
14. Il fait foi contre les héritiers, successeurs et ayants-cause de la partie. Exception.
15. Il ne peut être divisé. Exemples. Fondement de cette indivisibilité.
16. Elle ne saurait exister sous une législation qui admettrait indistinctement tous moyens de preuve. Comment.
17. Aveux complexes. Faits distincts et séparés.
18. Suite. Comment alors l'aveu cesse d'être essentiellement indivisible.
19. Suite. Chefs de contestation distincts.
20. Le principe de l'indivisibilité est inapplicable à l'ensemble d'un interrogatoire. En quel sens.
21. Elle cesse lorsqu'il existe des preuves en dehors de l'aveu,

COMMENTAIRE.

1. Nous allons examiner maintenant les caractères, les conditions et les effets de l'aveu judiciaire. Nous aurons soin de montrer en même temps en quoi l'aveu extrajudiciaire lui ressemble ou en diffère.

L'aveu judiciaire, dit l'article 1356, est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial. Il suppose donc une instance dans le cours de laquelle il a lieu et est invoqué. L'existence de cette instance en est la condition essentielle.

Peu importe d'ailleurs qu'il ait été fait oralement, sur une comparution personnelle à l'audience, ou qu'il ait été consigné par écrit dans les actes de la procédure ou dans un interrogatoire sur faits et articles.

2. Les aveux faits au bureau de conciliation constituent eux-mêmes des aveux judiciaires (1), quant à leurs caractères et leurs effets. Ce n'est pas que l'instance soit, à proprement parler, introduite et engagée par le préliminaire de la conciliation. Cependant, par le caractère du magistrat qui le reçoit et par l'objet même de ce préliminaire obligé, l'aveu qui est fait au bureau de paix doit être assimilé à un aveu judiciaire, et en produire les mêmes effets. Les articles 54 et 55 du Code de

(1) TOULLIER, T. 10, n° 271.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 597.—DURANTON, T. 13, n° 561. — BONCENNE, T. 2, pag. 45. — Limoges, 17 juill. 1849. SIREY, 49, 2, 710. — *Contrà*, CARRÉ, *Quest.* 229.

procédure confirment cette interprétation, qui est à peine contestée aujourd'hui.

3. Mais on ne saurait considérer comme constituant des aveux judiciaires, les déclarations, allégations et réponses faites et consignées dans des actes de poursuite ou d'exécution, lorsque ces actes n'ont pour objet, ni l'introduction d'une instance, ni le complément ou la continuation d'une procédure. Ce sont des aveux purement extrajudiciaires, et ils en produisent seulement les effets.

4. Il faut ensuite que le juge soit compétent. Les déclarations faites devant un juge dont l'incompétence serait ensuite reconnue, *ratione materiæ*, ne constitueraient point un aveu judiciaire, comme ayant eu lieu devant un magistrat qui n'avait pas qualité pour les recevoir (1).

5. Pour avoir le caractère d'aveux judiciaires, il ne suffit pas non plus que les déclarations soient faites en justice, dans une instance quelconque. Il faut qu'elles aient lieu dans le cours même de l'instance où elles sont invoquées comme constituant des aveux de la part de la partie à laquelle on les oppose. Alors, en effet, que la loi exige certaines conditions pour la formation et la production d'une preuve juridique, comme l'aveu judiciaire, le juge ne doit reconnaître ce caractère qu'aux seuls éléments de preuve qu'il a régulièrement acquis dans le cours de l'instance. Ainsi, l'aveu fait dans une instance différente est bien judiciaire par rapport à cette instance ; mais il ne l'est pas par rapport à l'instance nouvelle dans laquelle il est invoqué (2). Il ne fait donc pas pleine foi, quoiqu'on en puisse tirer une forte induction (3).

Par exemple, l'aveu fait au possessoire par le défendeur ne peut ensuite être invoqué contre lui, lorsqu'il est assigné au

(1) Merlin, Rép., v° *Confession*. — Duranton, t. 13, n° 562.

(2) Zachariæ, t. 5, pag. 596. — *Contrà*, Marcadé, art. 1356, n° 2.

(3) Voet, *Ad pand.*, *De confess.*, n° 7. — Merlin, Quest., v° *Confession*, § 1.

pétitoire, comme formant une preuve légale des faits articulés dans cette nouvelle instance (1).

Un aveu judiciaire ne saurait non plus résulter d'énonciations insérées dans des réclamations soumises à l'autorité administrative, et étrangères au procès engagé devant les tribunaux civils (2).

Peu importe que l'instance différente où ces déclarations ont eu lieu, ait été engagée entre les mêmes parties ou avec des tiers.

6. Alors même que l'aveu aurait été fait dans le cours d'une instance, il faut, pour qu'il forme un aveu judiciaire, qu'il ait été fait et consigné dans un acte de procédure proprement dit. Car, c'est surtout de sa forme et de la manière dont il a été reçu qu'il emprunte sa qualification d'aveu judiciaire. Ainsi, les déclarations contenues dans une correspondance engagée entre les parties, pendant le cours d'une instance, ne forment point des aveux judiciaires (3).

7. Lorsque des déclarations extrajudiciaires ont été régulièrement réitérées en justice, constituent-elles, à partir de cette réitération, un aveu judiciaire? Bien évidemment; car elles ne sauraient, sous le prétexte qu'elles ont été déjà faites extrajudiciairement, perdre la qualité et l'autorité d'aveu judiciaire, dont elles réunissent d'une manière incontestable tous les caractères légaux, comme si elles avaient été faites en justice pour la première fois. Elles font donc, comme aveu judiciaire, pleine foi contre celui de qui elles émanent, et elles ne peuvent être divisées contre lui (4).

Mais il faut se garder d'en conclure que leur répétition en justice ait pour conséquence de les empêcher d'exister comme

(1) Cass., 4 août 1840. SIREY, 40, 1, 903.

(2) Cass., 9 janv. 1839. SIREY, 39, 1, 22.

(3) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 596. — Cass., 7 nov. 1827. — SIREY, 28, 1, 425.

(4) MERLIN, Quest., v° *Confession*, § 3, n° 2. — Cass., 30 avril 1821 SIREY, 22, 1, 54.

aveu extrajudiciaire. Que, moyennant leur réitération régulière en justice, elles aient été converties et transformées en aveu judiciaire ; qu'elles en aient toute l'autorité ; qu'elles en produisent tous les effets ; nous le reconnaissons. Mais il ne s'ensuit nullement que l'aveu extrajudiciaire qu'elles contenaient ait cessé de subsister comme tel. La partie qui s'en prévaut peut, en effet, avoir intérêt à les invoquer comme simple aveu extrajudiciaire, soit parce qu'elles ont été faites purement et simplement, sans restrictions ni conditions, soit parce qu'elles ne sont pas indivisibles. Or, celui qui les a faites extrajudiciairement ne peut, en les répétant en justice, enlever à son adversaire le droit de les invoquer, et le juge ne le peut davantage, en les absorbant dans un aveu judiciaire qui en serait moins la répétition et le maintien que la suppression et le retrait.

Si, d'une part, elles subsistent comme aveu extrajudiciaire, et si, d'autre part, elles valent comme aveu judiciaire, lorsqu'elles ont été régulièrement réitérées en justice, il en résulte qu'il y a en réalité deux aveux, dont on peut se prévaloir suivant son intérêt, et qui sont régis l'un et l'autre par les principes qui leur sont particulièrement applicables. Est-ce comme aveu judiciaire que la partie qui s'en prévaut invoque ces déclarations ; alors sans doute elles feront pleine foi, mais en même temps elles seront indivisibles. Les inconvénients de l'indivisibilité peuvent, dans ce cas, lui faire perdre ce qu'elle gagne du côté de la force probante de l'aveu. Si, au contraire, elles les invoque comme aveu extrajudiciaire, la divisibilité de l'aveu peut alors lui offrir des avantages qui compensent ce qu'elle perd du côté de sa force probante. Les avantages et les inconvénients lui étant signalés, c'est à elle à consulter son intérêt ; mais elle aura à subir pleinement les conséquences du choix qu'elle aura fait (1).

Nous remarquerons, à cet égard, que la partie qui a ainsi

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 597. — MARCADÉ, art. 1356, n° 3. — Cass., 10 déc. 1839. — SIREY, 40, 1, 467.

le droit de choisir entre l'aveu extrajudiciaire et l'aveu judiciaire, ne peut réellement exercer son option que lorsque les déclarations faites extrajudiciairement sont constatées par écrit, ou que, étant purement verbales, il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale est admissible. Si, en effet, il n'existait aucune preuve écrite de ces déclarations, et que la preuve par témoins fût irrecevable, on ne pourrait se prévaloir que de l'aveu judiciaire, puisqu'il serait le seul légalement prouvé. L'absence d'une preuve régulière fait alors réputer inexistant l'aveu extrajudiciaire inutilement allégué.

8. L'aveu ne saurait, en général, résulter que de déclarations expresses et formelles. Celui qui se tait n'avoue pas pour cela; mais il est vrai, cependant, qu'il ne nie pas : *Qui tacet non utique fatetur; sed tamen verum est eum non negare* (1).

Il existe néanmoins certains cas où, par l'effet d'une présomption légale, le silence est considéré comme équivalent à un aveu. Si le défendeur à la reconnaissance et vérification d'écriture ne comparaît pas, il sera donné défaut, et l'écrit sera tenu pour reconnu (194, C. pr.). Si la partie assignée en interrogatoire sur faits et articles ne comparaît pas, ou refuse de répondre après avoir comparu, il sera dressé procès-verbal sommaire, et les faits pourront être tenus pour avérés (330, C. pr.).

9. L'aveu judiciaire doit émaner de la partie elle-même ou de son fondé de pouvoir spécial (1356). Les officiers ministériels, avoués et huissiers, qui la représentent dans l'instance ou agissent à sa requête, ont eux-mêmes besoin de ce pouvoir spécial, sans lequel ils ne peuvent, à peine de désaveu, faire, donner ou accepter aucune offre, aucun aveu ou consentement (352, C. pr.). Mais les déclarations qu'ils ont pu faire au nom de la partie, sans avoir reçu d'elle aucun pouvoir spécial, subsistent, tant qu'ils n'ont pas été désavoués (2).

(1) L. 142, *ff. De reg. jur.*
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 797.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 599.—DURANTON, T. 13, n° 586.

Les avocats plaidant sous l'assistance des avoués ne peuvent eux-mêmes faire aucune déclaration, aucun aveu ou reconnaissance, que sous la responsabilité de ces officiers ministériels, qui, ne les ayant pas immédiatement rétractés (1), sont seuls susceptibles de désaveu (2).

Si les mandataires ordinaires ne peuvent, sans un pouvoir spécial, faire aucun aveu qui soit opposable au mandant, il en est toutefois autrement des mandataires légaux, tels que les tuteurs, les administrateurs des communes ou établissements publics. Ces derniers trouvent, dans la qualité générale dont ils sont investis, le droit de représenter pleinement en justice les personnes dont l'administration leur est confiée. C'est ainsi que l'article 336, C. pr., autorise l'interrogatoire sur faits et articles des agents et administrateurs des établissements publics. C'est ainsi encore que, dans le cas de prescriptions abrégées, le serment peut, suivant l'article 2275, être déféré aux tuteurs de ceux du chef desquels ils les opposent, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due. Or, si ces mandataires légaux ont qualité pour fournir des explications, soit sur la délation du serment faite par leur adversaire, soit sur les interpellations du juge dans une comparution à l'audience, ou dans un interrogatoire sur faits et articles, leurs aveux et reconnaissances doivent être tout aussi valables, par rapport aux personnes qu'ils représentent, que s'ils émanaient de personnes parfaitement capables (3); sauf pour l'État, les communes, les établissements publics et les mineurs, le droit de se pourvoir par requête civile, s'ils n'ont été défendus, ou s'ils ne l'ont été valablement (481, C. pr.).

10. Lorsque c'est la partie elle-même qui fait l'aveu, elle doit être capable de disposer de la chose qui fait le sujet de la

(1) Cass., 9 avril 1838. SIREY, 38, 1, 442.

(2) MERLIN, Quest., v^is *Désaveu d'avoué*, § 3.—FAVARD, Rép., v° *Désaveu*, § 1, n° 1.—TOULLIER, t. 10, n° 298.—ZACHARIÆ, t. 5, pag. 599. — BONNIER, n° 246. — Cass., 16 mars 1814. SIREY, 14, 1, 296.

(3) DURANTON, t. 13, n° 548. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 599.

contestation. C'est une maxime reçue en cette matière, que celui qui est incapable de contracter est aussi incapable d'avouer ; *qui non potest contrahere non potest confiteri.* Telles sont, en effet, les conséquences directes d'un aveu, qu'il emporte, soit l'existence de certaines obligations, soit la renonciation à certains droits, soit la perte de certains avantages, toutes choses qui supposent également, de la part de celui qui fait un aveu, la capacité de s'obliger (1).

Ainsi, les mineurs ne peuvent faire aucun aveu qui puisse leur être valablement opposé ; *minorem a confessione suâ restituemus*, disait la loi romaine (2) ; et il en est de même sous le Code Napoléon. Il convient d'assimiler aux mineurs les autres incapables, tels que les interdits, les femmes mariées. Leurs aveux n'ont pas plus de valeur que les engagements qu'ils auraient pu contracter sur les choses qui forment le sujet de leurs aveux.

Mais les mineurs émancipés et les femmes mariées non autorisées seraient liés par leurs aveux, si l'objet de la contestation rentrait dans la classe des actes pour lesquels ils ont une capacité complète.

Quant aux femmes mariées régulièrement autorisées à ester en justice, elles sont par cela même réputées également autorisées à faire tous aveux, à fournir toutes déclarations, sur l'interpellation du juge, soit dans une comparution personnelle à l'audience, soit dans un interrogatoire sur faits et articles (3).

Cependant, si la femme mariée faisait, sans autorisation spéciale, en dehors de toute provocation ou interpellation de la part du juge, des déclarations spontanées sur des faits et actes qui fussent étrangers à sa capacité, les aveux qui en résulteraient n'auraient pas la force de la lier et ne pourraient

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 803.—DURANTON, t. 13, n° 542.—ZACHARIÆ, t. 5, pag. 597.

(2) L. 6, § 4, *ff. De confessis.*

(3) ZACHARIÆ, t. 5, pag. 598. — Cass., 22 avril 1828. SIREY, 28, 1, 208.

lui être opposés (1). Mais le juge pourrait en provoquer la réitération à l'audience ou dans un interrogatoire. Autrement, de pareils aveux, faits sans aucune des garanties qu'assure l'intervention du juge, doivent être sanctionnés par une autorisation spéciale du mari, dont la protection est toujours nécessaire à la femme, en l'absence de celle de la justice.

Ces règles concernant la capacité de la personne sont applicables aussi bien à l'aveu extrajudiciaire qu'à l'aveu judiciaire.

11. L'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait (1356). Ce serait une indignité, que celui qui a fait une déclaration formelle et précise pût ensuite revenir sur sa parole et résister à son propre témoignage : *Nimis enim indignum esse judicamus, quod suâ quisque voce dilucidè protestatus est, id in eumdem casum infirmare testimonioque proprio resistere* (2). Mais ce n'est pas seulement à cause de ce sentiment de réprobation qui s'attache à la mauvaise foi de la personne qui s'élève contre ses propres déclarations ; c'est surtout à cause de la confiance qu'inspire naturellement un aveu, lorsqu'on rend contre soi-même témoignage d'un fait dont on est présumé avoir une connaissance d'autant plus parfaite, qu'on y a été partie ou qu'on y est, dans tous les cas, intéressé. De semblables déclarations doivent alors être considérées comme dictées par la conscience seule, et comme un hommage rendu à la vérité. Aussi, l'aveu a-t-il été regardé, dans tous les temps et par toutes les législations, comme la plus sûre et la plus puissante des preuves. *Confessio omnium probationum maxima est*, dit Menochius (3). Et la loi romaine disait : L'aveu de l'adversaire fait en justice suffit pour faire preuve ; *litigatoribus sufficiunt ad probationes ea quæ ab adversâ parte expressa fuerint apud judices* (4). Car il fait foi contre lui-même ; *fides enim ei*

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 598, n[te] 11.
(2) L. 13, C. *De non numer. pecun.*
(3) *De præsumpt.*, liv. 1, *Quest.* 1, n° 37, et *Quest.* 61, n° 8.
(4) L. 1, § 1, *ff. De interr. in jur. faciend.*

contra se habebitur (1). Aussi, l'avouant en justice était-il regardé comme jugé et comme condamné par sa propre sentence; *confessus in jure pro judicato est, qui quodam modo suâ sententiâ damnatur* (2).

L'aveu judiciaire faisant pleine foi du fait qui en forme le sujet, l'autre partie est par cela même déchargée de l'obligation de fournir la preuve de ce fait. Le juge ne peut, de son côté, se dispenser de l'accepter comme légalement prouvé, sans qu'il puisse, en dehors des circonstances qui autorisent la rétractation de l'aveu, infirmer par aucun autre élément de preuve la pleine foi qui lui est due.

12. On a prétendu qu'il était contraire à la logique de ranger l'aveu au nombre des moyens de preuve, parce que l'aveu, emportant une présomption légale de la vérité du fait avoué, a pour conséquence de dispenser de toute preuve celui qui l'invoque, et d'enlever au juge le pouvoir d'en exiger une (3).

Il nous paraît, au contraire, incontestable que l'aveu a été compris par la loi elle-même au nombre des moyens de preuve. Il figure en effet sous le chapitre de la preuve des obligations, et l'article 1356 dit de lui qu'il fait pleine foi, comme l'article 1319 le dit de l'acte authentique. Qu'est-ce donc que faire pleine foi, si ce n'est faire preuve complète; et comment cette preuve existerait-elle, si elle n'était elle-même le résultat de certains éléments de conviction considérés comme moyens de preuve? De ce que, par suite de la foi qui lui est due, l'aveu dispense de toute preuve celui en faveur duquel il existe; de ce que le juge ne peut exiger ni admettre aucune preuve à son encontre, nous ne saurions conclure que l'aveu ne soit pas un moyen de preuve. Loin de là, nous sommes plutôt disposé à en tirer cette conséquence, que, comme moyen de preuve, il fait pleine foi du fait, à ce point qu'aucune preuve ne peut être exigée pour le confirmer, ou admise pour le com-

(1) L. 11, § 1, *ff. ibid.*
(2) L. 1, *ff. De confess.*
(3) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 588, n° 22.

battre. Nous disons même qu'il a cela de particulier, qu'il procure, comme ferait une déclaration de témoins ordinaires, une preuve directe du fait contesté.

Il est vrai que la force que la loi attache à l'aveu de la partie est le résultat d'une présomption légale (1350). Mais on peut dire, de même, que la force attachée aux divers moyens de preuve, tels que les titres écrits, les déclarations des témoins, n'est elle-même que le résultat de la présomption de la loi. Qu'est-ce, après tout, que cette force que la loi attribue à l'aveu de la partie ? C'est une force probante. Comment donc y aurait-il un fait, un acte auquel la loi attachât une force probante quelconque, sans le considérer par cela même comme constituant un moyen de preuve, en ce sens qu'il est un des éléments qu'elle reconnaît comme propres à former légalement la conviction du juge? Mais cette discussion n'a qu'un intérêt purement théorique, et il suffit de reconnaître, ainsi que le porte l'article 1356, que l'aveu judiciaire fait pleine foi, soit qu'on le considère comme un moyen de preuve, ou simplement comme une présomption légale qui dispense et tient lieu de toute autre preuve. La pratique s'accommode moins encore que la raison de cette dispute de mots (1).

13. La foi due à l'aveu judiciaire reçoit néanmoins plusieurs exceptions. Les unes sont formellement écrites dans la loi; les autres résultent seulement de la nature du fait ou de l'acte dont la reconnaissance forme le sujet de l'aveu.

Ainsi, en matière de séparation de biens, l'aveu du mari ne fera pas preuve, lors même qu'il n'y aurait pas de créanciers (870 C. pr.).

Par la nature même des choses, l'aveu est inutile et inefficace, bien que la loi n'en ait pas expressément proclamé l'inefficacité, lorsqu'il porte sur des obligations ou des droits, au sujet desquels il est interdit aux parties, ou à celui-là seul qui a fait l'aveu, de compromettre ou de transiger. Ainsi, est sans valeur tout aveu qui se réfère à des droits éventuels dépen-

(1) MARCADÉ, art. 1356, n° 1.

dant d'une succession non ouverte (1130) ; à une contestation entre époux, engagée durant le mariage et avant la dissolution de la communauté, soit sur leurs conventions matrimoniales, ou sur une demande en séparation de biens (1443, C. Nap.; 870, C. pr.) ou de corps (307), soit, à l'égard des tiers, sur l'aliénation des immeubles dotaux.

L'aveu même judiciaire cesse également de faire foi lorsqu'il a pour objet des faits dont la loi interdit la reconnaissance ou prohibe la recherche. Telle est la reconnaissance des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin (335) (1).

14. L'aveu fait preuve non seulement contre celui de qui il émane, mais encore contre ses héritiers, successeurs et ayants-cause. Mais, si cet aveu portait sur une dette prétendue à l'égard d'une personne incapable de recevoir de celui qui avoue, il cesserait de faire foi, et toute preuve, même de simples présomptions, seraient admissibles pour établir que l'aveu n'a eu d'autre but que de déguiser une libéralité faite en fraude de la loi. De là, la maxime : *Qui non potest donare, non potest confiteri*, qui ne peut donner ne peut avouer (2).

15. L'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait (1356). Mais ce principe de l'indivisibilité de l'aveu mérite quelques explications.

Lorsque les déclarations de l'avouant contiennent la reconnaissance pure et simple du fait allégué par son adversaire, il n'y a pas de difficulté. L'aveu étant fait sans restrictions, sans modifications, sans changements, foi entière lui est due, sans que même il puisse être question de son indivisibilité. J'interpelle mon débiteur : Reconnaissez-vous me devoir mille francs, avec intérêt à cinq pour cent, payables dans un an? Il répond, oui. Tout est dit ; son aveu pur et simple fait pleine foi contre lui.

Mais il peut y avoir, et il y a le plus souvent défaut de concor-

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 601, nte 19. — BONNIER, n° 247. — Cass., 28 juin 1815. SIREY, 15, 1, 329.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 804.

dance entre les termes de l'allégation et ceux de l'aveu. Le fait mis en avant, soit par le demandeur ou le défendeur, à l'appui de sa demande ou de son exception, peut n'être reconnu qu'avec des modifications, des restrictions et des changements qui en détruisent l'unité et la simplicité. L'aveu cesse alors d'être pur et simple; il est modifié. Dans quels termes alors fait-il foi? Est-il indivisible? Doit-il être pris ou rejeté tout entier, tel qu'il est formulé? La loi dit qu'il ne peut être divisé.

Je prétends que vous me devez mille francs, avec intérêts, payables le 1er janvier 1859. Vous reconnaissez que vous me les devez, mais sans intérêts, et seulement payables le 1er janvier 1860. Ou bien vous reconnaissez que, en effet, vous m'avez emprunté cette somme; mais vous ajoutez que je vous ai fait la remise (1), ou que vous m'en avez payé le montant (2), ou que nous en avons opéré la novation, en constituant une rente viagère, par exemple (3). Je suis obligé, si je veux m'en prévaloir, d'accepter votre aveu tel qu'il a été produit, sans que je puisse le diviser, c'est-à-dire sans que je puisse invoquer la partie de vos déclarations qui porte sur le fait principal, comme faisant preuve de ce fait, et rejeter, comme étant sans force probante, les restrictions et modifications que vous y avez apportées concernant les circonstances accessoires.

La jurisprudence offre de très nombreux exemples de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire. Est indivisible l'aveu par lequel un individu reconnaît avoir acheté un cheval qu'il a gardé quelques jours, mais seulement à l'essai, du moment qu'il n'existe ni écrit ni présomption légale établissant une vente pure et simple (4).

De même, lorsque les recettes et les dépenses ne sont éta-

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 603.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 799. — TOULLIER, T. 10, n° 339. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 603. — DURANTON, T. 13, n° 555. — BONNIER, n° 250. — Cass., 6 nov. 1838. SIREY, 38, 1, 892. — 21 avril 1856. SIREY, 57, 1, 280.

(3) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 602. — Riom, 26 juill. 1827. SIREY, 30, 2, 12.

(4) Cass., 26 nov. 1849. SIREY, 50, 1, 29. — Voy. Cass., 25 avril 1853. SIREY, 53, 1, 368.

blies que par l'aveu du mandataire qui rend compte, on ne peut le diviser pour admettre certains articles et rejeter les autres (1).

En cas de dépôt volontaire, lorsque le dépositaire reconnaît le dépôt, mais ajoute qu'il rend la chose dans l'état où elle lui a été remise, le déposant ne peut diviser l'aveu (2).

Son aveu est pareillement indivisible, lorsque, en reconnaissant avoir reçu une certaine somme, le dépositaire prétendu soutient que ce n'est qu'à titre de don manuel (3).

Cette indivisibilité de l'aveu n'est que la conséquence nécessaire du principe en vertu duquel tout demandeur est tenu de justifier sa demande, et tout défendeur son exception. Alors, en effet, qu'on réclame l'exécution d'un engagement ou qu'on propose une exception, et qu'on ne peut invoquer d'autre preuve de sa demande ou de son exception que l'aveu de son adversaire, si les déclarations de ce dernier ne contiennent pas une reconnaissance conforme à l'allégation du fait, tel qu'il est articulé et tel qu'il doit être établi pour que la demande ou l'exception soit justifiée, on n'a pas satisfait à l'obligation de la preuve. L'aveu même dont on prétend se prévaloir, bien loin de contenir la reconnaissance du fait, n'en constitue au contraire que la dénégation. Car, c'est le dénier réellement que de ne le reconnaître qu'avec des modifications et des changements qui en dénaturent les caractères et les conséquences juridiques. Il ne résulte donc aucune preuve de l'aveu, ou plutôt, s'il est capable de produire une preuve quelconque, il ne la fournit que dans les termes mêmes où il a été fait, et il fait foi seulement dans la mesure que l'avouant a jugé à propos d'assigner à ses déclarations, en produisant contre lui-même une preuve indivisible dans ses diverses constatations. Telle est donc l'alternative dans laquelle se trouve placée la partie à laquelle incombe la charge de la preuve : sa demande ou son

(1) Cass., 8 juin 1842. Sirey, 42, 1, 841.

(2) Cass., 10 janv. 1832. Sirey, 32, 1, 90.

(3) Troplong, *Donat.*, n° 1044. — Paris, 20 fév. 1852. Sirey, 52, 2, 124.

exception n'est pas justifiée à défaut de preuve, ou bien, si elle invoque l'aveu de son adversaire, elle n'en a d'autre preuve que les déclarations de ce dernier. Ses prétentions doivent donc être rejetées en entier, si elle renonce à se prévaloir de l'aveu, ou accueillies seulement dans les termes et en conformité de cet aveu.

16. Il est aisé de comprendre que, sous une législation qui admettrait indistinctement tous moyens de preuve, les actes écrits, les témoins et les présomptions, le principe de l'indivisibilité de l'aveu, en supposant qu'il y pût trouver place, n'aurait qu'une portée très faible ou même nulle. Comme il serait permis de combattre, dans tous les cas et pour toute espèce de moyens de preuve contraire, les allégations accessoires qui modifient l'aveu, on pourrait toujours commencer par se prévaloir de la partie avantageuse de la reconnaissance, sauf ensuite à établir l'erreur, le mensonge ou la fausseté des restrictions qui tendent à neutraliser les conséquences de l'aveu. Son indivisibilité ne serait alors autre chose que l'impossibilité même de rien prouver contrairement à ses termes, de même que sa divisibilité se confondrait avec la faculté d'en combattre, par tous moyens de preuve contraire, la partie défavorable. Et, dans ce cas, les déclarations accessoires qui modifient ou neutralisent les effets de l'aveu pourraient elles-mêmes être combattues par leur propre invraisemblance, comme contraires à la raison, au bons sens, et comme démenties par les diverses circonstances de la cause.

La loi romaine nous fournit sur ce point une décision célèbre (1). Titius reconnait dans une lettre qu'il tient en dépôt, des frères Semprouius, certains objets. Mais il ajoute que, d'un autre côté, les déposants lui doivent dix, d'après les comptes de leur père. On demande si cette lettre fait preuve, en faveur du dépositaire, de l'existence de la dette. Le jurisconsulte Paul répond que non, que seulement il y a preuve du dépôt, laquelle peut être complétée. Quant à la question de

(1) L. 26, § 2, *ff. Depositi.*

savoir si cette même lettre fait preuve, en faveur du dépositaire, de l'obligation qu'il y a mentionnée à son profit, le jurisconsulte ajoute que ce point est abandonné à l'appréciation du juge. *Quæro an ex ejusmodi scripturâ aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniæ causam attinet? Respondit, ex epistolâ de quâ quæritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem rerum depositarum impleri posse. An autem is quoque qui deberi sibi cavit in eâdem epistolâ decem, probare possit hoc, quod scripsit, judicem æstimatarum* (1). L'aveu n'était donc pas indivisible ; loin de là, il pouvait, il devait même être divisé, puisque l'avouant était tenu d'établir, indépendamment des termes de sa reconnaissance, la vérité du fait qui faisait le sujet de ses déclarations accessoires. En un mot, l'aveu ne modifiait en rien la charge de la preuve, du moins à l'égard de celui qui, l'ayant fait, prétendait l'invoquer comme formant titre en sa faveur.

17. L'indivisibilité de l'aveu ne se conçoit parfaitement que sous une législation qui, comme notre Code Napoléon, a établi un système restrictif de moyens légaux de preuve. Aussi, sa théorie se rattache-t-elle aux restrictions et prohibitions de la loi nouvelle concernant la preuve testimoniale et les présomptions. La vérité de cette observation ressortira plus clairement encore des explications qui vont suivre.

Le principe de l'indivisibilité de l'aveu admet plusieurs exceptions. « Il ne reçoit d'application, dit la Cour suprême (2), qu'au cas où l'aveu porte sur un même fait, passé dans une circonstance unique, et qui ne peut être attribué qu'à celui qui a fait l'aveu. » Telle est la doctrine de Voët (3) : « Si tous les articles d'un aveu sont connexes, et qu'ils renferment un seul acte en quelque sorte continu, il n'y a pas de division admissible à l'égard de cet acte. Il faut admettre ou rejeter l'aveu

(1) Voy. TOULLIER, T. 10, n° 335. — BONCENNE, T. 2, pag. 481. — MERLIN, Quest., v° *Confession*, § 2.
(2) 6 fév. 1838. SIREY, 38, 1, 108.
(3) *Ad pand.*, *De confessis.*, n° 5.

tout entier, vu qu'il est contraire à l'équité d'y prendre ce qui est avantageux et de repousser ce qui est défavorable. Si donc une partie avoue une dette, mais conditionnelle, le demandeur aura tort, en acceptant l'aveu de l'obligation, d'exiger du défendeur la preuve qu'il ne s'est engagé que conditionnellement. *Sin omnia confessione comprehensa inter se connexa sint, et unius quasi actûs continui factum contineant, non videtur circa eumdem actum admittenda separatio; ut proindè vel tota confessio acceptanda sit, vel tota rejicienda, cum iniquum sit commoda quidem admittere, repudiare vero onera eidem cohærentia. Quâ ratione, si quis fateatur se debere sub certâ conditione, non rectè actor acceptaverit debiti confessionem, et a reo confitente exigerit probationem conditionem obligationi adjectam fuisse.* »

Telle est aussi la doctrine de Zoëzins (1) : « L'indivisibilité de l'aveu existe, lorsque l'aveu est qualifié, modifié, lorsqu'il comprend plusieurs faits liés entre eux et connexes, qui ont pu tous s'accomplir dans un seul et même temps. *Quod et dicendum, si confessio fuerit qualificata et informata, sive extensa ad plura quæ simul cohærent et connexa sunt, quoque uno et eodem tempore potuerunt simul contingere.* »

Mais l'aveu peut être divisé, lorsque, étant complexe, il porte sur des faits distincts et séparés. Reste à savoir dans quels cas les faits sont réputés avoir ce caractère. Ils doivent être appréciés surtout d'après les rapports qui les rattachent les uns aux autres, soit par leur simultanéité ou leur succession, leurs conséquences et leur influence réciproque. Si les restrictions et modifications dont l'avouant assortit ses déclarations, portent sur la quotité de l'obligation, sur sa cause, son exigibilité, ses conditions, en un mot, sur l'un des éléments qui entrent dans la constitution même de l'engagement, ces déclarations accessoires ne contiennent aucun fait distinct qui puisse être mis à part et isolé du fait principal dont elles tendent à restreindre, modifier et caractériser les conséquences juridiques.

(1) *ff. De confessis*, n° 9.

S'agit-il même d'un payement, d'une exécution, d'une remise, d'une novation, d'une résolution ou de tout autre fait qui est allégué comme modifiant ou neutralisant dans ses conséquences et dans ses effets le fait principal auquel il se rattache comme en étant une suite ordinaire ou accidentelle; ce fait accessoire ne doit pas non plus être considéré comme un fait distinct, et l'aveu ne cesse pas d'être indivisible, alors même que l'une de ses parties paraît invraisemblable (1).

Aussi, ne pouvons-nous admettre cette opinion de Voët, qui, après avoir établi l'indivisibilité de l'aveu, ajoute : « Il en serait autrement, si l'aveu contenait des faits connexes qui se seraient accomplis non dans le même temps, mais dans des temps différents, des faits tels qu'ils aient contre eux plutôt que pour eux une présomption légale. Tel est le cas où l'avouant déclare qu'il a d'abord été débiteur pur et simple, mais ajoute qu'ensuite une condition a été apposée à son engagement; ou bien encore celui où il reconnaît devoir ou avoir dû, en prétendant qu'il est intervenu plus tard une convention de remise. L'avouant est alors tenu de droit de prouver la condition qu'il invoque. *Diversum esset, si confessione contineantur connexa quæ non eodem, sed alio tempore gesta sunt; et quidem talia quibus non opitulatur, sed magis obstat juris præsomptio, veluti si quis fateatur se primò purè debuisse, sed postea conditionem obligationi fuisse appositam; vel se debere seu debuisse, sed pactum de non petendo fuisse interpositum : rectè etenim hoc casu ab eo qui debitum confessus est, probatio exigitur conditionis adjectæ.* »

Mais si les déclarations de l'avouant comprennent, outre la reconnaissance pure et simple ou modifiée du fait principal, l'allégation d'un fait principal lui-même, constitutif d'un engagement particulier et capable de fonder une demande séparée et indépendante, alors il y a des faits distincts, et l'aveu peut être divisé, en ce sens que, sans cesser d'être indivisible dans la partie qui concerne le fait principal, il peut être fait com-

(1) Cass., 11 avril 1852. SIREY, 52, 1, 453.

plètement abstraction du fait allégué dans les déclarations accessoires. Telle est encore la doctrine de Voët, qui reconnaît, dans ce cas, que l'adversaire de l'avouant peut accepter une partie de l'aveu et rejeter l'autre, de même qu'il pourrait acquiescer à un chef du jugement et se porter appelant de l'autre.

Je prétends que vous me devez telle somme, que vous m'avez vendu telle propriété; vous l'avouez; mais vous ajoutez que, d'un autre côté, je vous ai vendu ou affermé tel héritage. Il n'y a certainement aucun rapport entre le fait principal que je mets en avant et que vous avouez; et l'autre fait que vous alléguez accessoirement. Ils sont complètement séparés et indépendants dans leur existence et dans leurs effets. Le second ne suppose point l'existence du premier; il s'en distingue par le temps, par sa nature, par son objet; il n'en est point une suite ordinaire ou accidentelle, prochaine ou éloignée, directe ou indirecte; votre aveu cesse donc d'être indivisible. Il fait foi, dans ses termes, du fait principal que j'ai invoqué à l'appui de ma demande ou de mon exception. J'ai le droit de m'en tenir là, sans que vous puissiez m'opposer vos déclarations accessoires, sauf à vous à faire d'une manière principale, du fait secondaire que vous avez allégué, l'objet d'une action particulière (1).

18. Dans le cas où le fait accessoirement prétendu aurait pour effet, son existence étant établie, de modifier, restreindre ou neutraliser, par ses conséquences propres, celles du fait principal à la reconnaissance duquel son allégation a été jointe, l'aveu serait encore susceptible de division. Je vous poursuis en payement d'une somme de deux mille francs; vous avouez la dette, mais vous prétendez en même temps que, en vertu d'un acte antérieur ou postérieur, je vous dois moi-même telle somme qui doit venir en compensation. Comme il n'y a aucune connexité entre les deux faits qui servent de fondement à nos prétentions réciproques, qu'il n'existe aucun rapport nécessaire entre l'existence reconnue de ma créance et

(1) Cass., 8 mai 1855. Sirey, 56, 1, 62.

l'existence alléguée de la vôtre, l'aveu peut être divisé. Il fait ainsi contre vous pleine foi en ma faveur dans la partie qui reconnaît la légitimité de mes prétentions, sans que vous puissiez m'opposer vos déclarations accessoires, comme faisant également preuve indivisible contre moi à votre profit (1).

Il en est de même au cas où, reconnaissant l'existence d'un dépôt fait entre mes mains, j'ajoute que le déposant est lui-même débiteur envers moi de diverses sommes, dont les causes sont étrangères à celle du dépôt (2). Le fait du dépôt est prouvé par l'aveu, tandis que ma créance prétendue ne l'est pas.

Ainsi encore, je vous demande le remboursement d'une somme de dix mille francs. Je n'ai de preuve régulière contre vous que jusqu'à concurrence de six mille francs. Vous déniez le surplus de la dette, et, quant au reste, vous prétendez m'avoir payé, quoique vous ne produisiez point de quittances. Je reconnais que, en effet, vous m'avez payé les six mille francs dont je rapporte le titre; mais j'ajoute que vous me devez bien légitimement les quatre autres mille francs, pour telles ou telles causes dont je ne produis point la preuve écrite. Mon aveu cesse d'être indivisible; il fait foi contre moi du payement allégué, sans établir nécessairement à mon profit la créance prétendue; tandis qu'il serait indivisible, si j'avais dirigé l'imputation d'abord sur les quatre mille francs pour lesquels je n'ai pas de titre, ou généralement sur la totalité de ma créance.

Pareillement, dans une instance en partage, vous concluez contre moi à ce que je rapporte la somme de deux mille francs que j'aurais reçue de l'auteur commun. Je reconnais cette libéralité, mais en ajoutant qu'il vous en a été fait une de semblable somme. Comme mon aveu porte sur deux faits qui se distinguent l'un de l'autre par leur objet, par le temps de leur accomplissement et par les personnes qui y ont été acteurs, il n'y a dans mes déclarations aucune indivisibilité nécessaire

(1) Toullier, t. 10, n° 339. — Zachariæ, t. 5, pag. 604. — Bonnier, n° 250. — Merlin, Quest., v° *Confession*, § 2. — Douai, 13 mai 1836. Sirey, 36, 2, 450.

(2) L. 26, § 2, *ff. Depositi*. — *Contrà*, Boncenne, t. 2, pag. 481.

et légale. Bien évidemment, je ne puis, en ajoutant à l'aveu du fait qui m'est personnel l'allégation d'un fait personnel à mon cohéritier, constituer en ma faveur contre lui un titre de mes propres déclarations, et en déduire une preuve qui lui soit légalement opposable. Mon adversaire ne saurait donc être condamné, comme moi, au rapport de la somme de deux mille francs, sur le seul fondement de l'indivisibilité prétendue de ma confession (1). Mais on comprend, néanmoins, que l'aveu principal peut se produire, et l'articulation accessoire se préciser dans des termes tels, que les deux faits auxquels ils se rapportent soient liés entre eux par des rapports d'intime connexité, de manière à en interdire la division.

La vérité de ce principe est plus sensible encore si l'on suppose que le fait accessoirement allégué comme fondant une demande en compensation ou reconvention, doit avoir pour conséquence, non seulement de restreindre les effets de l'action principale, mais encore de constituer en définitive l'avouant créancier de son adversaire, après toute compensation opérée.

Remarquez bien que, quand nous disons que l'aveu cesse d'être essentiellement indivisible, lorsque les déclarations accessoires dont il est assorti comprennent un fait distinct et indépendant du fait principal, nous disons seulement qu'il peut être divisé, et que nous ne prétendons point qu'il doive toujours l'être indistinctement. Les juges ont en effet, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, et la faculté de diviser ou non l'aveu, suivant les circonstances particulières de la cause. Ils sont surtout appelés à en user dans le cas où l'avouant prétend que la dette réclamée contre lui et qu'il reconnaît, se trouve compensée par une créance existant à son profit, et pour laquelle il déclare former une demande en compensation ou en reconvention. Quelque distincts et séparés qu'ils soient, le fait principal et le fait accessoire sont compris dans un même aveu qui peut très bien, dès lors, être entendu

(1) Cass., 30 juin 1857. Sirey, 57, 1, 702.

en ce sens, que le défendeur ne reconnaît l'existence de la dette que jusqu'à concurrence de la somme exigible après toute compensation opérée, et qu'il ne consent à avouer que sauf le bénéfice de l'indivisibilité de son aveu, et sous la condition que son adversaire reconnaîtra lui-même la légitimité de ses prétentions, en acceptant ses déclarations dans leur entier d'une manière indivisible.

L'indivisibilité de l'aveu pourra également être maintenue, d'après l'appréciation des circonstances, dans le cas même où le fait accessoire aurait pour objet, non une compensation ou reconvention proprement dite, mais une prétention dont les conséquences ne sauraient en rien modifier, restreindre ou neutraliser les effets de l'action principale. Je vous poursuis en délivrance d'un immeuble que je prétends que vous m'avez vendu. Vous avouez la vente, mais vous ajoutez qu'il a été convenu que vous en resteriez fermier pendant dix ans. Voilà certainement deux déclarations qui portent sur des faits distincts, et chacun d'eux peut fonder une action particulière et recevoir une exécution séparée. Aussi avons-nous dit que, dans ce cas, l'aveu peut être divisé. Mais il peut aussi ne pas l'être, s'il apparaît au juge que l'avouant n'a entendu faire que des déclarations indivisibles, que son adversaire était tenu d'accepter ou de répudier pour le tout, c'est-à-dire qu'il n'a reconnu le fait de la vente qu'à la condition que le fait du bail serait lui-même accepté.

Nous disons donc d'une manière générale et résumée que, dans les divers cas où l'aveu complexe n'est pas essentiellement indivisible, il peut cependant et doit même ne pas être divisé, toutes les fois qu'il résulte de la connexité et des rapports des faits entre eux, soit des autres circonstances de la cause, soit des termes dans lesquels les déclarations de l'avouant sont conçues, qu'il a fait de leur indivisibilité la condition tacite ou expresse de son aveu.

19. Si l'aveu cesse d'être indivisible lorsqu'il porte, dans ses déclarations accessoires, sur des faits distincts, à plus forte

raison peut-il être divisé lorsqu'il se réfère à plusieurs chefs de contestation indépendants les uns des autres. Il y a alors autant d'aveux que de chefs particuliers. Les uns peuvent donc être admis, tandis que les autres sont rejetés. Mais quant à ceux qui sont admis, ils doivent être pris individuellement d'une manière indivisible, comme si chacun d'eux était unique et répondait à un chef unique de contestation (1).

20. Le principe de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire ne doit pas être appliqué à l'ensemble d'un interrogatoire qui se compose d'une suite de demandes et de réponses dont chacune forme un article différent et donne lieu à une déclaration, une dénégation et un aveu particuliers. Chaque déclaration, considérée en elle-même et comme constituant un aveu, est sans doute indivisible; mais cette indivisibilité n'emporte pas pour le juge interdiction de la séparer de celles qui la précèdent ou la suivent. S'il ne peut scinder les propositions diverses contenues dans l'interrogatoire, en adopter telle portion et en rejeter telle autre, rien ne s'oppose à ce qu'il repousse en totalité et sans division certaines réponses, et qu'il en retienne de même pour le tout certaines autres, pour en faire le fondement de sa décision (2).

Mais nous remarquons que si diverses questions et diverses réponses étaient liées entre elles par une telle corrélation que, dans leur sens et dans leur portée, elles fussent inséparables et dussent être combinées pour se compléter, elles constitueraient un tout indivisible, un seul et unique aveu. Et ceci a lieu même en matière criminelle, lorsqu'il s'agit d'établir préalablement, comme condition du délit, la preuve d'un contrat civil (3).

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 605.—Cass., 14 janv. 1824. SIREY, 25, 1, 118.

(2) BONCENNE, T. 4, pag. 551.—TOULLIER, T. 10, n° 339. — BONNIER, n° 250.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 605.—MERLIN, Rép., v° *Chose jugée*, § 15. — Cass., 6 avril 1836. SIREY, 36, 1, 747.—19 juin 1839. SIREY, 39, 1, 462. — Caen, 25 avril 1842. SIREY, 42, 2, 374. — Cass., 18 août 1854. SIREY, 54, 1, 655.

(3) Cass., 28 juill. 1854. SIREY, 54, 1, 655.

D'un autre côté, quand nous disons que le principe de l'indivisibilité de l'aveu est inapplicable à l'ensemble des déclarations faites dans un interrogatoire, nous ne voulons point dire que l'on puisse faire résulter d'une réponse considérée d'une manière indivisible, mais isolée des autres, un aveu capable de faire pleine foi contre celui de qui elle émane. Il est à remarquer en effet que, dans les arrêts que nous venons de citer, les réponses contenues dans l'interrogatoire avaient été scindées, bien moins pour trouver dans l'une d'elles un aveu judiciaire faisant pleine foi, qu'un commencement de preuve par écrit ou des indices suffisants, soit pour faire admettre la preuve par témoins ou les présomptions ordinaires, soit pour repousser l'offre d'une preuve contraire. A ce point de vue, nos observations sur la divisibilité d'un interrogatoire sortent de la théorie de l'aveu judiciaire, et rentrent dans celle du commencement de preuve par écrit, que l'on peut faire résulter des contradictions évidentes, des obscurités méditées, des réticences calculées, des dénégations mensongères, des explications artificieuses et même du silence affecté. On ne saurait, en effet, considérer comme un aveu faisant pleine foi contre celui qui l'a fait, soit l'ensemble, soit une partie d'un interrogatoire dans lequel une réponse en contredit, en explique ou en neutralise une autre, quelque inadmissibles que soient d'ailleurs les allégations qu'elle contient. Son appréciation, sous le rapport de la force probante, doit se faire alors plutôt d'après les règles ordinaires de la preuve, que d'après les principes de l'aveu judiciaire. Et, dans ce mode d'appréciation, il reste encore quelques traces de l'indivisibilité de l'aveu, du moins en ce sens que l'interrogatoire pris dans son ensemble ne fait pas, comme l'aveu proprement dit, foi entière contre la partie interrogée.

21. Il est au principe de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire une dernière exception, fondée sur la nature même des raisons qui ont fait établir cette indivisibilité. Nous avons vu qu'elle avait pour fondement cette considération, que le demandeur

étant tenu de justifier sa demande ou son exception, et n'en ayant d'autre preuve que l'aveu de son adversaire, est par cela même forcé d'admettre, sans division ni distinction, toutes les déclarations de ce dernier. L'indivisibilité de l'aveu n'existe donc que dans le cas où il n'y a que cet aveu pour établir le fait qui sert de fondement à la demande ou à l'exception. Mais si, en dehors de cet aveu, il existe des moyens de preuve légalement admissibles, les déclarations de l'avouant cessent d'être indivisibles (1).

En effet, la partie qui est tenue de prouver le fait qu'elle allègue n'a pas besoin de l'aveu de son adversaire; elle peut s'en passer, puisque, indépendamment de cet aveu, elle peut administrer la preuve qui incombe à sa charge, soit à l'aide d'un titre, soit par témoins ou par simples présomptions. Elle peut conséquemment, mettant à l'écart l'aveu de l'autre partie, établir sa demande ou son exception au moyen des autres éléments de preuve qui sont à sa disposition. Comme alors les juges n'ont à apprécier l'aveu, tout au plus, que pour y puiser un complément de preuve, et qu'ils peuvent même se décider sur de simples présomptions, résultant, par exemple, de l'invraisemblance, de l'absurdité, de la fausseté, des contradictions des allégations accessoires, ils ont la faculté d'en diviser les déclarations, d'en admettre telle partie et d'en rejeter telle autre.

Alors donc que l'avouant a modifié son aveu en y ajoutant certaines restrictions ou allégations accessoires, et que le fait principal peut, de la part de l'autre partie, être établi à l'aide de la preuve testimoniale ou de simples présomptions, ces déclarations qui modifient l'aveu peuvent, sans que l'on contrevienne au principe de l'indivisibilité, être combattues par l'administration d'une preuve contraire (2). Ainsi, en cas de

(1) Nouveau Denizart, v° *Confession*, § 2. — Henrys, *Quest.* 6. — Zachariæ, t. 5, pag. 606.—Merlin, Quest., v° *Confession*, § 2.—Cass., 21 mai 1838. Sirey, 42, 1, 37. — 26 fév. 1851. Sirey, 51, 1, 327. — 18 fév. 1851. Sirey, 51, 1, 353.

(2) Cass., 22 nov. 1841. Sirey, 42, 1, 181.

dépôt nécessaire, le dépositaire reconnaît le dépôt; mais il prétend qu'il a remis les objets déposés au tiers indiqué pour les recevoir. Comme le déposant est recevable à prouver par témoins le dépôt nécessaire, il pourra, sans s'arrêter à l'indivisibilité prétendue de l'aveu, prouver de même la fausseté de la déclaration accessoire (1).

22. Ainsi encore, s'agissant de prescription, la partie à laquelle on l'oppose reconnaît le fait de la possession trentenaire, mais elle prétend qu'elle n'a eu lieu qu'à titre précaire. Celui qui invoque la prescription pourra néanmoins s'autoriser, d'une part, de l'aveu de son adversaire pour faire réputer constant le fait de la possession, et, d'autre part, repousser l'allégation de la précarité de cette possession par toute preuve contraire, et même à l'aide de la seule présomption de la loi d'après laquelle on est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre (2230) (2).

Généralisant le principe, nous disons que l'aveu cesse d'être indivisible quand le chef que l'on repousse, quoique connexe, est combattu par une présomption de droit (3).

23. Le principe de l'indivisibilité de l'aveu ne s'applique qu'à l'aveu judiciaire, et non à l'aveu extrajudiciaire (4). L'article 1356 ne dispose point quant à ce dernier, et son silence à cet égard suffit pour autoriser le juge à diviser ou à ne pas diviser l'aveu extrajudiciaire, soit pour ou contre l'avouant, suivant les circonstances. Mais il est une autre raison que celle tirée du silence de la loi pour écarter, en ce qui concerne l'aveu extrajudiciaire, le principe de l'indivisibilité.

Est-il écrit, alors son appréciation rentre dans la théorie de

(1) Paris, 6 avril 1829. SIREY, 29, 2, 154.

(2) Cass., 15 nov. 1842. SIREY, 43, 1, 204.

(3) MERLIN, Quest., *ibid.*

(4) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 607.—BONNIER, nos 251 et suiv.—TOULLIER, T. 10, no 340.—Cass., 29 fév. 1820, SIREY, 20, 1, 232.—10 déc. 1839. SIREY, 40, 1, 467.

la preuve littérale, soit qu'il s'agisse d'une preuve écrite complète, ou d'un simple commencement de preuve par écrit. Or, les règles qui régissent la preuve littérale sont étrangères à l'indivisibilité de l'aveu, bien que les écrits, lorsqu'il s'agit de les interpréter, doivent être pris tels qu'ils sont et dans leur parfaite intégrité (1). L'aveu extrajudiciaire écrit n'a donc d'autre indivisibilité que celle qui est inhérente à toute preuve résultant d'un titre écrit, suivant sa teneur et son interprétation.

Est-il, au contraire, simplement verbal, il n'est efficace et utile que dans le cas où il s'agit d'une demande ou d'une exception dont la preuve testimoniale est admissible. Comme, dans cette hypothèse, le juge est autorisé à admettre de simples présomptions, il est évident qu'il ne saurait être soumis à la règle de l'indivisibilité de l'aveu, et qu'il peut toujours en subordonner l'appréciation aux diverses circonstances de la cause (2).

24. Mais il ne faut pas confondre l'indivisibilité de l'aveu avec son interprétation. Quand les termes en sont obscurs et ambigus, l'interprétation qui doit alors s'en faire, suivant les règles ordinaires, en vue d'en préciser et d'en déterminer le sens, n'a rien de commun avec les principes de l'indivisibilité ou de la divisibilité de l'aveu judiciaire. Car, avant de savoir s'il est ou non susceptible de division, il faut en fixer la signification véritable.

25. Les règles de l'indivisibilité sont également étrangères au cas où plusieurs aveux ont été faits successivement, en des temps divers et à intervalle. S'ils ne font que s'expliquer et se compléter les uns par les autres, il n'y a, en réalité, qu'un seul et unique aveu. Mais si les derniers aveux ont pour résultat de restreindre, de modifier ou d'annuler les aveux précédents, dans l'intérêt de celui de qui ils émanent, son adversaire peut les faire réputer non avenus pour s'en tenir à ses premières déclarations.

(1) Voy. Merlin, Quest., v° *Confession*, § 4.—Toullier, t. 10, n° 341.
(2) Merlin, *ibid.*, § 3, n° 1.

26. L'aveu judiciaire ne peut en effet être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait (1356), *non fatetur qui errat* (1); il n'y a pas d'aveu valable, s'il n'a eu lieu que par erreur, soit dans l'ignorance d'un fait qui existait réellement, soit dans la supposition erronée de l'existence d'un fait qui, en réalité, n'existait pas. Tel est le cas où vous produisez une lettre de mon père qui vous priait de lui prêter une somme d'argent. Au vu de cette lettre qui peut former un commencement de preuve, je reconnais la dette; mais, plus tard, je retrouve une lettre par laquelle vous répondez que vous n'avez pas d'argent. Mon aveu peut être révoqué pour erreur de fait (2).

Quant à la preuve de cette erreur relative à l'aveu judiciaire, elle est régie par les mêmes règles qu'en matière de contrats. L'avouant ne peut faire admettre sa rétractation qu'en prouvant l'erreur du fait qu'il invoque. C'est ce qui résulte formellement du texte de l'article 1356, et des principes généraux du droit qui mettent à la charge de tout demandeur la preuve des faits sur lesquels il entend fonder sa demande ou son exception.

27. Mais l'aveu judiciaire ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit (1356). Telle était la disposition de la loi romaine (3); *non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit;* l'aveu n'est pas valable, s'il est résultat de l'erreur, à moins qu'il ne s'agisse d'une erreur de droit. Il y a donc, sous le rapport de la rétractation ou révocation de l'aveu judiciaire, une importante distinction à établir entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Si cette dernière erreur n'autorise point la rétractation de l'aveu, c'est qu'il ne s'agit ici que d'une simple preuve dont l'existence, en fait, est indépendante de toute question de droit, et que la confession de l'avouant, considérée comme moyen d'établir le fait allégué, ne laisse pas d'en faire foi, quoiqu'elle soit entachée d'une erreur de droit qui ne saurait avoir aucune

(1) L. 2, *ff. De confessis.*
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 800.
(3) L. 2, *ff. De confessis.*

influence sur la réalité du fait. Voilà pourquoi l'aveu d'un fait ne peut être rétracté qu'en prouvant que, ce fait étant faux, l'aveu est fondé sur une erreur de fait.

Cependant, s'il était prouvé que l'erreur de droit qui a déterminé l'aveu a été provoquée par le dol personnel de l'adversaire, nous pensons qu'il pourrait être rétracté, comme vicié dans ses conditions essentielles de liberté et de volonté (1).

28. Il faut se garder, à cet égard, d'une confusion dans laquelle il est facile de tomber. Il convient de distinguer soigneusement l'aveu proprement dit des déclarations d'une autre nature, qui constituent bien moins un aveu qu'une véritable confirmation ou ratification. Cette distinction est surtout importante en ce qui concerne l'erreur de droit et ses effets, puisqu'elle ne peut fonder la rétractation d'un aveu, et que, au contraire, elle est une cause de rescision ou de nullité des engagements conventionnels, comme l'erreur de fait.

Je vous demande le payement d'une somme de trois cents francs, avec offre, en cas de dénégation, de prouver par témoins le prêt que je dis vous en avoir fait. Vous avouez le fait ; mais ensuite vous prétendez rétracter votre aveu, sous le prétexte que vous n'avez avoué la dette que parce que vous avez supposé par erreur que la preuve testimoniale était admissible. Voilà une erreur de droit qui ne peut fonder la rétractation de votre aveu, car elle est sans influence sur la réalité du fait, que vous avez d'ailleurs librement et spontanément reconnu.

Je vous demande le payement d'un legs qui m'a été fait par votre auteur. Vous reconnaissez la dette ; mais, plus tard, vous découvrez un second testament portant révocation du premier. Il y a eu de votre part erreur de fait.

Mais, supposons que vous prétendiez révoquer votre aveu, en soutenant que vous ignoriez, lorsque vous l'avez fait, les vices du testament que vous fondez, soit sur l'incapacité du testateur, soit sur mon incapacité personnelle de recevoir ;

(1) Toullier, t. 10, n° 311.

vous invoquez une erreur de droit, et, s'il s'agissait d'un aveu proprement dit, vous ne pourriez le rétracter sous prétexte de cette erreur. Mais il ne s'agit point ici d'aveu. Ce n'est pas à ce titre que vos déclarations et reconnaissances sont invoquées par moi. Je veux m'en prévaloir comme contenant confirmation du testament de votre part, et comme couvrant ainsi les vices dont il est entaché. Il ne saurait en effet, sous aucun rapport, être ici question de preuve, ni conséquemment d'aveu proprement dit. Il nous semble donc que c'est par une confusion manifeste que Pothier (1) et M. Toullier (2) ont cité ce cas comme exemple de l'application du principe, que l'erreur de droit n'autorise pas la rétractation de l'aveu judiciaire.

Il est vrai que votre reconnaissance a pu avoir pour cause l'intention d'honorer la mémoire de votre auteur, de respecter ses dernières volontés, quoique illégalement exprimées. Mais, il n'est pas moins incontestable que si vous prouvez clairement, sans équivoque ni incertitude possible, que vous n'avez reconnu le legs que par suite d'une erreur de droit, dans l'ignorance des vices de la disposition, vous pourrez, comme s'il s'agissait d'une simple erreur de fait, faire rescinder et annuler vos déclarations, et faire considérer comme non avouée, la prétendue confirmation que je veux en tirer.

Appliquez ce principe à tout autre acte qu'un testament, à un contrat ordinaire, et sa vérité n'en sera que plus sensible. Pourquoi cette différence entre les effets de l'erreur de droit en matière d'aveu simple ou de toute autre déclaration? C'est que l'aveu proprement dit, dans le sens où il est ici considéré, ne se réfère qu'à la preuve des obligations, tandis que les autres déclarations se rapportent non à la preuve, mais à la formation d'engagements pour lesquels l'erreur de droit, manifestement établie, constitue, comme l'erreur de fait, un vice radical et essentiel.

29. Ce que nous disons des déclarations et reconnaissances

(1) *Oblig.*, n° 800.
(2) T. 10, n° 310.

invoquées comme confirmation, est également applicable à celles qui constituent un acquiescement, un désistement, une renonciation. Du moment qu'il ne s'agit pas d'un aveu véritable, l'erreur de droit les vicie, comme l'erreur de fait et au même titre.

30. La confusion que nous signalons ici, et que nous essayons de dissiper, s'est continuée à un autre point de vue. Poursuivant la fausse assimilation de l'aveu à un contrat, on a soumis son irrévocabilité à la condition d'une acceptation, de telle sorte qu'il peut être révoqué tant qu'il n'a pas été accepté expressément ou tacitement, après coup comme dans les cas ordinaires, ou d'avance comme dans le cas d'un interrogatoire sur faits et articles ou d'une comparution personnelle à l'audience.

« Lorsqu'une partie, disent les auteurs du Nouveau Denizart (1), fait dans les requêtes quelque aveu dont on croit que l'on pourra tirer avantage, il faut être attentif à en demander acte, parce qu'on tient au Palais qu'après telle demande, il n'est plus libre à la partie de rétracter son aveu, comme elle pouvait le faire jusque-là. » Pothier (2) semble exiger aussi qu'il soit donné acte de l'aveu judiciaire ; car il le définit ainsi : « La confession judiciaire est l'aveu qu'une partie fait devant le juge d'un fait sur lequel elle est interrogée, et dont le juge donne acte. »

Pour justifier cette faculté de rétracter son aveu tant qu'il n'a pas été accepté par l'adversaire, on dit (3) qu'elle est fondée sur ce principe élémentaire, que l'on peut toujours rétracter sa parole, avant qu'il y ait droit acquis à un tiers par l'acceptation ; que l'aveu volontaire d'un fait, dont l'adversaire peut tirer une conséquence en sa faveur, ne confère aucun droit contre l'avouant, avant l'acceptation ; qu'il peut être rétracté sans lui faire aucun tort, sans faire préjudice à aucun

(1) V° *Aveu*.
(2) *Oblig.*, n° 797.
(3) TOULLIER, T. 10, n°s 287 et suiv. — MERLIN, *Rép.*, v° *Preuve*, sect. 2, § 1, n° 6.

droit acquis ; que la rétractation remet les parties au même état qu'avant l'aveu ; que les preuves acquises d'ailleurs subsistent ; que sans doute la vérité d'un fait ne saurait être détruite par la rétractation d'un aveu dont elle est indépendante ; mais qu'on peut, en rétractant l'aveu, en détruire les conséquences et la preuve qui auraient pu en être tirées ; que la rétractation ne détruit ni n'altère la vérité du fait avoué ; qu'elle anéantit seulement la preuve qu'on pourrait tirer de l'aveu pour en conclure la réalité du fait.

Et, à l'appui de ce système, on invoque les articles 1211, C. Nap.; 402 et 403 C. pr., qui exigent qu'il y ait acquiescement à la demande formée contre l'un des codébiteurs pour sa part, ou que le désistement signifié soit accepté, pour que la renonciation à la solidarité ou le désistement deviennent irrévocables.

Telle n'est point notre opinion. Nous croyons au contraire que l'aveu judiciaire n'a pas besoin d'être accepté, et qu'il ne peut être révoqué par le seul défaut d'acceptation de la part de l'adversaire (1).

Les articles que l'on invoque à l'appui de l'opinion contraire, plus encore que l'argumentation elle-même, indiquent l'assimilation que l'on entend faire de l'aveu avec toute déclaration ou reconnaissance emportant acquiescement, renonciation ou désistement. Or, une pareille assimilation nous paraît fausse et inexacte de tous points. Tout acte d'acquiescement, de renonciation ou de désistement constitue en effet un véritable contrat, dont l'existence est soumise à toutes les conditions essentielles à la formation des conventions en général. La nécessité d'une acceptation expresse ou tacite est donc inhérente à la nature des engagements contractuels qui en résultent. La partie de laquelle émanent les déclarations que son adversaire lui oppose, peut donc les retirer tant qu'aucun lien de droit ne s'est formé entre eux, par une acceptation formelle de la part de celui qui entend s'en prévaloir.

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 600.

Ainsi (1), le défendeur qui, sur une demande en reconnaissance de propriété, et subsidiairement de droit d'usage sur certains terrains, conteste quant à la propriété et déclare ne pas contester les droits d'usage réclamés par le demandeur, peut, si ce dernier n'a pas accepté ses déclarations et conclusions en en demandant acte, les retirer plus tard comme étant indivisibles et comme n'ayant formé, en l'absence d'une acceptation, aucun lien de droit.

Mais tel n'est point le caractère de l'aveu judiciaire proprement dit. Il ne contient aucune renonciation à un droit, il n'implique aucun désistement, il ne renferme aucun engagement dont on puisse rattacher l'existence à la formation d'un contrat nouveau qu'il tendrait lui-même à créer. Il constitue purement et simplement la reconnaissance d'un fait de nature à produire contre la personne de qui elle émane, en tant que ce fait est considéré comme légalement prouvé, des conséquences juridiques. Sans doute, si, indépendamment de la reconnaissance de ce fait, l'aveu contenait et était invoqué comme contenant une renonciation à un droit quelconque, il aurait besoin d'être accepté, en ce sens que, tant qu'il n'aurait pas été accepté, il pourrait être rétracté dans la partie qui renferme la renonciation, et même pour le tout, à raison de son indivisibilité, si cette dernière déclaration n'a pas été faite d'une manière distincte et indépendante.

Mais s'il se borne à la simple confession d'un fait, s'il est invoqué seulement comme faisant foi de la réalité de ce fait, l'acceptation est inutile pour empêcher sa rétractation. Il ne s'agit en effet que d'une preuve ; or, l'acceptation de l'adversaire ne saurait rien ajouter à l'efficacité de l'aveu, considéré sous le rapport de sa force probante. Peu importe qu'il ait été accepté ou non ; la présomption qui en résulte, quant à l'existence du fait qui en forme le sujet, reste la même, puisqu'elle est attachée à la déclaration même de l'avouant, et que cette déclaration est présumée sincère, non pas parce que

(1) Cass., 12 août 1839. Sirey, 40, 1, 229.

l'adversaire l'a acceptée, mais parce que nul n'est présumé mentir à son préjudice et déposer contre lui-même d'un fait qui ne serait pas vrai. La rétractation de l'aveu tendrait ainsi à la suppression d'une preuve qu'on est toujours à temps d'invoquer, à quelque moment que ce soit, lorsqu'on entend s'en prévaloir. Conçoit-on une preuve qui n'existerait qu'à la condition d'être préalablement acceptée? Telle est cependant la conséquence à laquelle on arrive, dans l'opinion que nous combattons, comme si l'aveu, envisagé simplement comme moyen de preuve, comme faisant foi contre celui de qui il émane, n'était pas un acte de la volonté essentiellement unilatéral.

Quant à la pratique suivant laquelle on est dans l'habitude de demander au juge acte de l'aveu fait devant lui, elle s'explique autrement que par la nécessité d'une acceptation. En demandant acte des aveux qu'ils croient avantageux à leurs intérêts, les parties ou leurs représentants n'ont d'autre pensée et d'autre but que de faire comprendre au juge l'importance qu'ils y attachent, d'appeler sur eux son attention et d'en faire régulièrement constater l'existence et les termes précis. Mais cette formalité n'est point nécessaire, et les aveux conservent toute leur efficacité, si d'ailleurs ils sont légalement établis. La prudence peut conseiller d'en demander acte, mais la loi ne le commande point, sous peine de leur révocabilité.

31. Quoi qu'il en soit, il résulte de la nature même de l'aveu extrajudiciaire et du caractère de la force probante qui y est attachée, que les règles que nous venons de développer sur la rétractation de l'aveu judiciaire lui sont inapplicables. La partie peut toujours le rétracter, sans être tenue de prouver qu'il a été la suite d'une erreur de fait, sauf au juge à tenir compte de cette rétractation ou à la rejeter, suivant l'appréciation des circonstances (1).

Il n'y a même pas à distinguer entre l'aveu extrajudiciaire verbal ou écrit, à moins que l'aveu de cette dernière espèce ne résulte d'un acte écrit de nature à faire pleine foi, conformé-

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 607.

ment aux règles établies concernant la preuve littérale. Il est évident que, dans ce cas, il n'y a pas de rétractation qui puisse infirmer la foi due au titre.

SECTION V.

DU SERMENT.

ARTICLE 1357.

Le serment judiciaire est de deux espèces : 1° celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause ; il est appelé *décisoire ;* — 2° celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties.

Sommaire.

1. Définition du serment.
2. Du serment promissoire dans les contrats.
3. Autre espèce de serment promissoire.
4. Du serment affirmatif.
5. Le serment est judiciaire ou extrajudiciaire.
6. Force et moralité du serment.
7. Sa forme.
8. De certaines infirmités physiques, quant à la régularité de sa prestation.
9. Il ne peut être prêté par mandataire.
10. De la forme du serment quant aux sectaires d'une religion particulière.
11. Suite.
12. Précautions que les juges peuvent prendre pour assurer mieux la sincérité du serment.

COMMENTAIRE.

1. Le serment est un acte par lequel celui qui jure prend à témoin de la vérité d'un fait ou de la sincérité d'une promesse, Dieu comme vengeur du parjure.

Il a, dans toute législation, un caractère à la fois civil et religieux que nos lois nouvelles ont incontestablement entendu lui conserver.

2. Considéré dans son objet, le serment est ou affirmatif, *juramentum assertorium*, ou promissoire, *juramentum promissorium*. Il y a ainsi deux espèces de serments : le serment d'assertion et le serment de promesse.

Le serment promissoire a joué, dans notre ancienne jurisprudence française, un rôle dont il est aujourd'hui bien déchu. « Les prétentions des gens d'Église, dit Pothier (1), avaient autrefois rendu bien commun l'usage du serment dans tous les contrats ; ils prétendaient que la connaissance de toutes les contestations sur l'exécution des contrats qui étaient confirmés par serment, appartenait aux gens d'Église ; parce que le serment étant un acte de religion, et le refus d'exécuter une obligation confirmée par serment, étant un violement de la religion du serment, la religion paraissait intéressée dans les contestations sur l'exécution de ces engagements, ce qui devait les rendre de la compétence du juge d'Église. C'est pourquoi les notaires, qui étaient gens d'Église, ne manquaient pas d'insérer dans les contrats qu'ils passaient, que les parties avaient fait serment de ne contrevenir à aucune clause du contrat, et de les exécuter fidèlement, afin d'assurer aux juges d'Église la connaissance de l'exécution du contrat. Ce style se voit encore dans plusieurs anciens actes. »

Il ne se voit plus maintenant ; et depuis longtemps, comme le remarque Pothier, l'usage des serments a cessé dans les contrats des particuliers. La loi civile ne demande point, en effet, de serment pour renforcer la loi du contrat. Aujourd'hui, plus encore peut-être qu'autrefois, l'accession du serment est sans influence sur le caractère obligatoire de la convention. Comme acte religieux emportant un engagement plus strict, il est inutile et superflu, puisqu'il ne peut rien ajouter à la force d'un contrat qui, légalement formé, tient lieu de loi aux parties contractantes. Chacune d'elles est obligée, indépendamment de toute prestation de serment qui aurait pour objet de mettre la convention sous la sauvegarde de la divinité même,

(1) *Oblig.*, n° 104.

et de faire de l'inexécution des engagements un manquement aux lois religieuses et divines. Que si, au contraire, le contrat n'est pas valable en lui-même, et s'il n'en résulte aucune obligation légale, l'interposition du serment ne saurait lui donner, aux yeux de la loi civile, la force qui lui manque (1).

3. On doit considérer également comme étant promissoire le serment que sont tenus de prêter, avant d'entrer en fonctions, les fonctionnaires, officiers publics, et autres personnes commises par l'autorité, soit que leur serment soit simplement professionnel ou en même temps politique.

Est aussi promissoire le serment que prêtent, avant de déposer, les témoins appelés en justice.

Tel est enfin le caractère de la caution juratoire que l'article 603 exige de l'usufruitier qui est autorisé à retenir une partie des meubles nécessaires pour son usage, à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit.

Nous n'avons pas à nous occuper de cette espèce de serment.

4. Le serment affirmatif ou d'assertion, et c'est le seul dont nous ayons à traiter ici, diffère du serment promissoire, en ce que celui-ci a pour objet de garantir la fidèle exécution d'une promesse, qu'il se réfère à un évènement futur, tandis que l'autre a pour objet de garantir la sincérité de l'affirmation ou de la négation d'un fait présent ou passé.

C'est en se plaçant à ce point de vue qu'on a pu considérer le serment affirmatif comme tenant lieu de preuve, par l'effet d'une présomption *juris et de jure* (2), soit en faisant réputer vrai le fait sur lequel la personne a juré, ou le fait inverse à celui sur lequel elle a refusé de jurer. Voilà pourquoi la section du serment figure, dans notre Code, au chapitre des preuves.

Nous ne signalons ici que cette seule différence. Les autres

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 105.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 822.

se développeront d'elles-mêmes dans le cours de notre commentaire.

5. Le serment promissoire ou le serment affirmatif est judiciaire ou extrajudiciaire, suivant qu'il est déféré et prêté en justice ou hors justice.

Quant au serment affirmatif judiciaire, il est lui-même, ainsi que le porte l'article 1357, de deux espèces : 1° celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause (1); il s'appelle décisoire ; 2° celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties. Ce dernier s'appelle serment supplétif.

6. Il semble que la loi civile ne devrait pas se montrer plus difficile pour la simple déclaration d'un fait que pour la formation d'un contrat, et qu'elle devrait se contenter d'une affirmation nue, comme elle se contente d'un engagement contracté sans l'adjonction d'un serment, qui n'ajoute pas plus à la nécessité de dire la vérité qu'à celle d'exécuter ses obligations.

Mais une triste expérience de l'humanité a malheureusement appris, dans tous les temps, que l'homme, placé entre son intérêt et sa conscience, était disposé, par une facilité déplorable, à trahir la vérité, à fausser sa parole et sa foi, et à commettre un mensonge d'autant plus séduisant, qu'il n'a pour instrument que la parole, et croit n'avoir pour témoin que la conscience. Le législateur a donc senti le besoin de le prémunir contre les séductions de son intérêt et les entraînements de sa propre faiblesse. Si le serment est en lui-même impuissant à rendre plus étroit le devoir commun, né du sens moral; de dire toute la vérité, on ne peut s'empêcher du moins de reconnaître qu'il le rend plus sensible et plus flagrant.

Comme attestation et invocation religieuse, il agit puissamment sur l'imagination; il l'inquiète, et la frappe de l'idée formidable des châtiments infligés par la sanction divine au mensonge, au parjure; ou bien, il élève et encourage la cons-

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 818.

cience, en la ramenant à la grande et solennelle pensée d'un Dieu immuable, source de toute vérité et de toute justice. Telle a été la pensée du législateur, quand, par une sainte association de la religion et de la justice, il a introduit l'institution du serment dans la procédure judiciaire; institution aussi utile dans son but que morale dans son principe, alors surtout qu'elle est placée sous la protection des lois pénales qui lui servent immédiatement de sanction.

Le serment n'est ainsi qu'une affirmation d'une espèce particulière. C'est un acte à la fois civil et religieux, par lequel on prend la divinité à témoin de la vérité d'un fait ou de la sincérité d'une promesse. Quelque abrégée qu'en soit la formule, comme elle est essentiellement religieuse, elle renferme toujours une invocation à la divinité et une imprécation contre le parjure. Même dans l'expression la plus simple du serment, cette invocation et cette imprécation y sont constamment sous-entendues. De là vient toute sa puissance, comme affirmation religieuse; et son autorité même s'agrandit non seulement par l'opinion qu'y attache celui qui le prête, mais encore par celle qu'il sait que les hommes en ont toujours et partout conçue. A l'influence de la foi religieuse vient s'ajouter ainsi celle de l'opinion, qui, pour quelques-uns, peut même la suppléer, au profit de la sincérité du serment.

Souvent on a cherché à frapper l'imagination par des formules épouvantables. La prise à témoin de la divinité y était expresse, l'invocation formelle et l'imprécation terrible. Elles ont été en usage surtout dans les temps de barbarie, où l'on sentait plus particulièrement la nécessité de faire entrer de salutaires terreurs dans les consciences, en leur rappelant les peines mystérieuses et infinies que la justice souveraine d'un Dieu vengeur et offensé réserve à l'impiété du parjure. Il ne s'agissait point alors d'élever et de purifier le sens moral, à l'idée d'un Dieu souverainement vrai, souverainement juste. On n'empruntait aux dogmes religieux que les sombres et terribles enseignements qui révélaient une formidable sanction. C'était par l'épouvante et la crainte seules qu'on essayait

d'assurer l'inviolable sainteté du serment, et l'on sent quelle action profonde devaient exercer sur celui qui le prêtait ces imprécations solennelles contre le parjure, ce dévoûment public de soi-même à tous les châtiments réservés par la vengeance divine.

Après tout, c'est surtout dans le sens moral de l'homme que le serment a sa puissance, et nous pouvons répéter encore aujourd'hui avec Cicéron (1) : *In jurejurando, non qui metus, sed quæ vis sit, debet intelligi. Est enim jusjurandum affirmatio religiosa. Quod autem affirmatè, quasi deo teste, promiseris; id tenendum est. Jam enim non ad iram deorum quæ nulla est; sed ad justitiam et ad fidem pertinet. Nam præclarè Ennius :*

O Fides alma, apta pinnis, et jusjurandum Jovis!

Qui jus igitur jurandum violat, is Fidem violat, quam in Capitolio vicinam Jovis optimi maximi (ut in Catonis oratione est) majores nostri esse voluerunt. « Ce qu'il faut voir dans le serment, c'est la force qu'il a, non la crainte qu'il inspire. Car le serment est une affirmation religieuse. Or, ce que vous avez promis par une semblable affirmation, en prenant, pour ainsi dire, Dieu à témoin, vous devez le tenir. Que la colère des dieux soi un vain mot; soit : mais il est ici question de justice et de bonne foi. Ennius a fort bien dit : O Foi, déesse aux blanches ailes, serment de Jupiter! Celui-là donc qui viole son serment, viole la Foi, que nos ancêtres, comme nous l'apprend Caton dans son discours, placèrent dans le Capitole, à côté du Dieu très bon et très grand. » Aussi, les Romains n'avaient-ils pas de formule plus solennelle de serment que celle par laquelle ils attestaient leur foi et leur honneur.

Sous l'empire du christianisme, il y a eu aussi des formules terribles de serment et des imprécations contre le parjure, moins épouvantables cependant dans leur expression, par horreur du blasphème. Le plus souvent, on s'est borné à attester Dieu, Jésus-Christ, la Vierge, les saints, les Évangiles, des objets d'adoration et de vénération, sans employer

(1) *De officiis*, liv. 3, ch. 29.

ces formes d'imprécation pratiquées dans le pagauisme. Ces serments étaient, au reste, moins de droit commun que de circonstance. Leur prestation dépendait des exigences de la partie adverse et de la confiance qu'elle pouvait avoir en telle ou telle forme particulière, à raison de l'intérêt qu'elle avait à ce que le serment eût, pour celui qui le prêtait, la plus grande force obligatoire possible.

Terminons par une observation que Montesquieu (1) emprunte à Platon, et que l'expérience de chaque jour vérifie : « Quand un peuple n'est pas religieux, on ne peut faire usage du serment que dans les occasions où celui qui jure est sans intérêt, comme un juge et des témoins. »

7. Le Code Napoléon ne trace aucune forme du serment, par la raison sans doute que l'usage constant devait suppléer son silence. Celui qui prête serment lève la main droite et dit : Je jure, en tenant la main levée. La prononciation de ces simples paroles, jointe à ce geste, constitue la prestation du serment. Quant aux ecclésiastiques, ils jurent la main posée sur le cœur.

L'article 348, C. inst. crim., nous fournit un exemple de formule particulière. Le chef du jury se lève, et, la main placée sur son cœur, dit : Sur mon honneur et ma conscience, devant Dieu et devant les hommes.....

Mais revenons au serment ordinaire dont nous avons à nous occuper ici. Ce qui le constitue essentiellement, c'est le jurement, *juramentum*, l'attestation de la divinité, qui résulte virtuellement de l'expression, Je jure. Une affirmation simple ne suffirait donc pas, bien que la loi n'ait point défini le serment. Le chapitre du serment était en effet intitulé, dans le projet du Code, de l'affirmation judiciaire. Mais on y substitua plus tard le mot, serment, comme plus respectable, dit Maleville (2), et aussi pour mieux faire comprendre le caractère

(1) *Esprit des Lois*, liv. 19, ch. 22.
(2) Art. 1357.

religieux qui est de l'essence de tout serment. Mais ces mots, serment, affirmation judiciaire, sont synonymes (1).

Il ne faut pas d'ailleurs s'attacher trop exclusivement aux mots. Ce sera bien un véritable serment qui aura été prêté, quoiqu'on ait employé le simple mot d'affirmation, lorsqu'il résultera des circonstances que cette affirmation n'est rien autre chose que la prestation d'un serment proprement dit qui a été déféré. C'est ainsi que l'ordonnance de 1673, titre 1, article 10, et titre 5, article 21, parle de l'affirmation du débiteur, après le serment déféré par le créancier.

8. Les simples infirmités physiques, alors qu'elles n'altèrent point la capacité intellectuelle et juridique de la personne, ne sauraient la rendre incapable de prêter le serment judiciaire.

Ainsi, celui qui est privé du bras droit n'en est pas moins capable de jurer, bien que son serment ne soit point assorti du geste ordinaire.

Le muet n'est frappé lui-même d'aucune incapacité à cet égard. Il suffit qu'il comprenne ce dont il s'agit, et qu'il ait toute capacité de contracter. Sait-il écrire? Il écrira son serment, je le jure, au lieu de le prononcer. Dans le cas contraire, il jurera par interprète, et le juge pourra lui-même être interprète de droit.

Il en est de même pour celui qui ne comprend ni ne parle la langue dans laquelle le serment est déféré et doit être prêté. Les juges n'auront qu'à recourir à un interprète, s'il y a lieu. La loi leur donne ainsi le droit, et leur fait en même temps un devoir, de relever la personne de son inaptitude simplement physique. Autrement, ils créeraient des incapacités légales qui ne sont point reconnues.

9. Mais le serment ne saurait être prêté par mandataire. Il est un acte essentiellement personnel qui n'admet aucune

(1) Voy. tous les Dictionnaires et Répertoires de droit, tant anciens que modernes.

substitution de personne (1). Aucun doute n'est permis sur ce point en présence des dispositions du Code de procédure :

ARTICLE 120 : « Tout jugement qui ordonnera un serment énoncera les faits sur lesquels il sera reçu. »

ARTICLE 121 : « Le serment sera fait par la partie en personne, et à l'audience. Dans le cas d'un empêchement légitime et dûment constaté, le serment pourra être prêté devant le juge que le tribunal aura commis, qui se transportera chez la partie, assisté du greffier.

» Si la partie à laquelle le serment est déféré est trop éloignée, le tribunal pourra ordonner qu'elle prêtera le serment devant le tribunal du lieu de sa résidence.

» Dans tous les cas, le serment sera fait en présence de l'autre partie, ou elle dûment appelée, par acte d'avoué à avoué, et, s'il n'y a pas d'avoué constitué, par exploit contenant l'indication du jour de la prestation. »

Telles sont les dispositions du Code de procédure. Mais leur exécution même donne lieu à une question très importante, qui est l'objet d'une vive controverse.

10. En la posant dans ses termes les plus généraux, il s'agit de savoir s'il existe une formule invariable et universelle de serment, de telle sorte que tous les citoyens y soient assujettis, et que nul ne soit admis à prêter serment suivant un autre mode et une autre formule, alors même qu'ils lui sont indiqués et prescrits par sa religion particulière. Mais, en étant ainsi posée, la question l'est d'une manière trop générale, et il convient de la préciser davantage, en restreignant, par quelques distinctions, la généralité de ses termes.

Supposons d'abord qu'un serment judiciaire ait été prêté selon la forme et le mode déterminés par la religion de celui qui le prête ; nul doute que ce serment ne soit légalement obligatoire et ne produise les mêmes effets juridiques que s'il

(1) DURANTON, T. 13, n° 591. — CHAUVEAU et CARRÉ, *Quest.*, 512. — BONCENNE, T. 2, pag. 508. — PIGEAU, T. 1, pag. 290. — FAVARD, *Rép.*, v° *Jugement*, § 2, n° 1.

avait été prêté dans la forme générale et ordinaire. *Jurejurando quod propriâ superstitione juratum est standum*, dit la loi romaine (1); il faut s'en tenir au serment que la partie a fait conformément à sa religion particulière. Ainsi, vaut comme serment la simple affirmation des anabaptistes, des quakers et de tous autres sectaires auxquels la religion qu'ils professent défend, par ses dogmes, de prendre Dieu à témoin. Cette simple affirmation, conforme à leurs croyances religieuses, tient légalement lieu de serment. Il en est de même du serment qui aurait été fait par un juif, *more judaïco*, dans la synagogue entre les mains du rabbin.

11. Jusque-là, pas de difficulté; mais voici le point où la controverse commence :

Une partie demande à prêter serment dans la forme particulière à sa religion ; peut-elle, doit-elle y être admise ?

Elle est, au contraire, disposée à prêter serment dans la forme ordinaire ; son adversaire peut-il demander, et les juges ordonner, malgré elle, qu'elle prêtera serment dans la forme particulière à ses croyances religieuses ?

Ces deux questions ont entre elles des rapports si intimes, que nous ne les séparerons point dans l'examen que nous allons en faire.

Une première observation qui leur est commune les domine également : c'est que s'il s'agissait d'une religion, d'un culte qui ne fût point reconnu par les lois de l'État, la partie à laquelle le serment est déféré demanderait vainement à être autorisée à le prêter dans la forme particulière à sa religion prétendue, et son adversaire demanderait lui-même vainement à ce qu'elle fût obligée à le prêter dans cette forme. Autrement, ce serait, de la part de la justice, admettre, comme si elle était légalement reconnue, une religion qui n'a pas, dans l'État, d'existence légale; et il suffirait dès lors à tout plaideur d'affecter la religion la plus bizarre et la plus étrange pour échapper, sous les fausses apparences d'un scrupule religieux, à la

(1) L. 5, § 1, *ff. De jurejur.*

sainteté et à la foi du serment. Il doit, dans ce cas, ou refuser le serment, ou le prêter dans la forme générale et ordinaire.

La loi romaine (1) allait même plus loin; elle voulait que l'on considérât comme non avenu le serment qui aurait été prêté, sur la délation même de l'adversaire, dans la forme d'une religion réprouvée, *improbatæ religionis.* Cette décision ne saurait être suivie sous le Code. Le serment une fois prêté, quelle qu'en ait été la forme, mais sans opposition de l'autre partie, emporte la décision du procès, comme ferait un jugement passé en force de chose jugée.

Nous supposons donc qu'il s'agit d'une religion reconnue et autorisée par les lois de l'État. Or, les auteurs semblent unanimes pour décider que les personnes qui professent une religion suivant laquelle le serment n'a de force que lorsqu'il est prêté dans une forme déterminée, et avec certaines solennités spéciales, peuvent être astreintes, malgré elles et quoiqu'elles soient prêtes à faire le serment dans la forme ordinaire, à le prêter suivant le mode et avec les solennités propres à leur religion (2). La question s'est présentée particulièrement à l'occasion des juifs talmudistes d'Alsace et de Lorraine. Aussi, M. Zachariæ (3) fait-il exception à l'égard des autres juifs qui, admettant seulement la loi de Moïse dans toute sa pureté, ne sauraient être astreints à jurer *more judaïco.*

Nous pensons au contraire que, quelle que soit la religion particulière de celui à qui un serment judiciaire est déféré, quelles que soient les formes et les solennités que son culte détermine, pour que son serment ait la force d'un lien reli-

(1) L. 5, § 1, *ff. De jurejur.*

(2) Merlin (qui plus tard s'est rétracté), Rép., v° *Serment*, § 3, n° 2; Quest., v° *Serment*, §§ 1 et 2. — Duranton, t. 13, n° 593. — Zachariæ, t. 5, pag. 609. — Boncenne, t. 2, pag. 511. — Favard, Rép., v° *Serment*, sect. 3, § 1, n° 23. — Carré et Chauveau, *Quest.*, 519. — Bonnier, n° 308. — Nancy, 15 juill. 1808. Sirey, 9, 2, 237. — Cass., 12 juill. 1810. Sirey, 10, 1, 329. — Colmar, 5 mai 1815. Sirey, 16, 2, 55. — 18 janv. 1828. Sirey, 28, 2, 131. — Pau, 11 mai 1830. Sirey, 31, 2, 151.

(3) *Ibid.*

gieux il ne peut, en aucun cas, être légalement assujetti malgré lui, et s'il ne le demande expressément, à prêter le serment qui lui est déféré dans une forme et avec des solennités autres que celles auxquelles est soumis le serment à l'égard de la généralité des citoyens. Du moment qu'il n'invoque aucune exception, il doit jurer dans la forme ordinaire, suivant le droit commun (1).

Nous devons, toutefois, reconnaître que l'opinion contraire se fonde sur des considérations graves et élevées. Il est de notre devoir de les résumer. Le serment, dit-on, est sans doute un acte civil, si on le considère dans son but juridique et dans ses effets légaux. Mais il n'en a pas moins, si on l'envisage comme affirmation d'une espèce particulière, un caractère éminemment religieux. A ce point de vue, il ne saurait exister de lien véritable dans le serment qui serait fait dans une forme réprouvée par la religion de celui qui le prête. Quelle garantie peut-il offrir quand il cesse d'avoir le caractère religieux qui seul en assure l'autorité? Il n'a plus du serment que le nom, sans en avoir l'autorité ni la force. Chaque sectaire pourra donc, s'il ne jure dans la forme propre à sa religion, affirmer, en jurant dans la forme commune, le plus odieux mensonge; sans commettre de parjure suivant sa foi religieuse.

Que si sa religion réprouve comme un blasphème et une impiété la formule de serment qu'on prétend lui imposer, ou seulement lui permettre lorsqu'il y consent lui-même, on le place ainsi entre son intérêt et sa conscience religieuse ; alternative déplorable pour la morale et pour la justice. Car, il ne pourra prêter le serment sans commettre, selon sa croyance, une de ces impiétés qui altèrent chez tous les sentiments moraux et religieux ; et, s'il refuse de le prêter, il compromet ses intérêts, quoique bien fondés, soit par un refus de serment

(1) MARCADÉ, art. 1357, n° 1. — Turin, 22 fév. 1809. SIREY, 9, 2, 328. — Nîmes, 10 janv. 1827. SIREY, 27, 2, 58. — 7 juin 1827. SIREY, 28, 2, 19. — Aix, 13 août 1829. SIREY, 29, 2, 286. — Cass., 3 mars 1846. SIREY, 46, 1, 193.

qui emporte condamnation contre lui, soit par la relation du serment à son adversaire qui est disposé à le prêter.

Ne convient-il donc pas que l'on jure par le Dieu que l'on reconnait, dans la forme qu'approuve la religion de celui qui prête serment? Cette forme n'est-elle pas substantielle? Imposer ou autoriser une autre formule de serment, n'est-ce pas se mettre dans l'absurde nécessité de ne croire celui qui le prête, qu'à la condition qu'il commencera par trahir ses sentiments religieux qui garantissent sa bonne foi? Comment donc exiger de lui, ou lui permettre, pour qu'il soit cru en justice, qu'il commence par se montrer indigne de toute croyance, en faisant le serment dans une forme qui n'est point celle de sa foi religieuse?

L'égalité civile et politique, la liberté religieuse, ne sont point d'ailleurs ici en question. « Qu'a de commun, dit M. Merlin, la qualité de citoyen français avec la manière dont chaque citoyen doit prêter le serment qui lui est déféré? » Et M. Boncenne, ajoute (1) : « C'est beaucoup trop de luxe pour un point fort simple. Veut-on encore conserver l'usage du serment en justice, ou veut-on le supprimer? Tout se réduit là. Le serment est une cérémonie destinée à porter la sanction religieuse au plus haut degré de force possible; or, ce sera la plus vaine des cérémonies et la plus faible des sanctions, si vous dispensez celui qui doit jurer des formes et des invocations que sa croyance a consacrées. »

Quant aux prétendus inconvénients de l'inquisition que le juge serait ainsi appelé à exercer sur la foi et la religion du plaideur, on les exagère outre mesure. Car elle aboutit à une simple question et à une réponse nue par oui ou par non. Si la partie ne dit pas qu'elle appartienne à une secte quelconque, elle est alors censée de la religion commune, et doit être admise à prêter serment dans la forme ordinaire.

Telles sont, en résumé, les raisons sur lesquelles on appuie l'opinion que nous combattons. Mais il y a dans leur ensemble

(1) T. 2, pag. 512.

quelque confusion que nous devons dissiper. Quelques-uns des arguments qui y prennent place supposent, en effet, qu'il s'agirait d'imposer à celui à qui le serment est déféré, une formule qu'il repousse d'après ses principes religieux, et à laquelle il demande à substituer celle que sa religion consacre. En ce cas, s'il pouvait être astreint, malgré lui, à jurer dans la forme ordinaire, nous reconnaissons que les intérêts de la vérité, de la morale et de la justice seraient compromis, puisqu'un semblable conflit doit nécessairement aboutir, ou à une condamnation injuste, si la partie refuse de jurer dans la forme qui lui est imposée, ou à un parjure qui n'en est pas un pour elle, suivant sa foi, si elle prête le serment. Il y a tout à la fois injustice et scandale, soit que le serment soit refusé ou prêté ; car, dans le premier cas, sa religion l'oblige à se laisser condamner ; et, dans le second, son intérêt l'invite à faire un serment qui manque, à ses yeux, de tout lien religieux. Aussi, accordons-nous, avec la Cour de cassation, à tout sectaire le droit de jurer suivant le mode consacré par sa religion particulière, lorsqu'il le demande, sans que les juges puissent lui imposer une formule différente (1).

Mais telle n'est point notre hypothèse. Nous supposons que la partie est disposée à jurer dans la forme ordinaire, et que, sous prétexte de religion, on prétend l'assujettir à une autre forme. Voilà le point que nous contestons.

Tous les Français étant égaux devant la loi, de ce principe d'égalité il résulte que la même présomption de sincérité et de bonne foi protége leurs paroles et leurs actes. Pour imposer à qui que ce soit un mode de serment différent de la formule ordinaire, il faudrait donc établir un cas de suspicion légitime qui n'existe point.

Le serment est sans doute un acte religieux en soi ; mais, considéré dans ses rapports avec la loi positive, il est un acte

(1) MERLIN, Quest., vº *Serment*, § 1. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 609. — DURANTON, T. 13, nº 592. — TOULLIER, T. 10, nº 451. — Cass., 28 mars 1810. SIREY, 10, 1, 226. — 3 mars 1846. SIREY, 46, 1, 193.

civil. Comme ce n'est pas la loi religieuse qui en a introduit l'usage dans les choses qui tiennent aux obligations, aux contrats et à la procédure, il ne lui appartient pas non plus d'en régler la forme. La loi civile est chargée d'y pourvoir, et, une fois qu'elle y a pourvu, la loi religieuse ne saurait intervenir pour en modifier les dispositions. La question du serment est donc purement judiciaire, sans que toutefois il résulte de ce caractère général la moindre influence contraire à sa nature religieuse, dans les rapports qu'il établit entre l'homme et ses croyances particulières.

La loi civile a si bien compris qu'elle ne devait point en altérer le caractère religieux, qu'elle a adopté pour sa prestation la formule la plus simple, et telle que, dans son accord facile avec toutes les religions, elle n'implique aucune adhésion à une secte particulière, aucune violation d'un rite spécial. Celui qui jure n'ayant à répondre que par oui à l'interpellation qui lui est adressée, ne peut se réfugier, quand il prête serment, dans aucune arrière-pensée qui lui permette impunément une profanation ou un parjure. C'est à son honneur et à sa conscience que la loi s'adresse ; elle ne s'enquiert pas à l'avance de sa religion, ni de son culte ; ce qu'elle veut surtout, c'est qu'il comprenne bien qu'elle lui demande un serment sérieux et sincère, en conformité de la morale religieuse de son culte, et de la manière qui, suivant sa foi, l'oblige le plus strictement. En se plaçant ainsi au-dessus de toutes les religions et de tous les rites, elle protége réellement la liberté religieuse, par une formule de serment qui se prête à tous les dogmes et ne répugne à aucun. Je jure, c'est-à-dire j'affirme par mon Dieu, en mon âme et conscience ; j'affirme suivant ma foi religieuse. Quel lien plus fort exiger de celui à qui le serment est déféré, à moins que, s'autorisant de la protection également due à tous les cultes, il ne demande lui-même à jurer dans la forme consacrée par sa religion particulière? Mais alors il invoque le bénéfice de la liberté religieuse et la faveur d'une véritable exception. Or, comme c'est là une faculté dont il lui appartient d'user ou de ne pas

liser, son adversaire ne peut la retourner contre lui, et demander qu'on écarte les règles ordinaires du droit commun, auquel il se soumet volontairement, bien qu'il puisse seul se soustraire à son application.

Il faut bien, il est vrai, reconnaître que plus on fera du serment un acte essentiellement religieux, plus on ne trouvera de garanties que dans la conscience de celui qui accomplit cet acte. Mais que les solennités extérieures soient de nature à imposer aux esprits incultes et grossiers ; cette considération ne saurait toucher le législateur. Autrement, il devrait autoriser les juges à exiger, suivant l'instruction, les habitudes, le caractère des personnes, certaines formules de serment appropriées aux besoins des circonstances. Mais alors la diversité bizarre de ces formules amènerait à dire que le serment n'existe plus. Matérialisé sous des formes grossières et des appareils ridicules, il aurait bien vite disparu pour des hommes qui cesseraient d'en comprendre la gravité et la sainteté, dès l'instant que la loi aurait elle-même violé les saines notions de la morale, en plaçant l'autorité du serment, moins dans le sens moral et religieux, que dans l'emploi de formes barbares.

Ajoutons que lorsqu'on exige des formules diverses de serment, suivant la religion de celui qui jure, on rend moins hommage à la liberté de conscience, qu'on ne revient, sans s'en apercevoir peut-être, à un système de persécution, de réprobation et de défiance envers certaines sectes. Tel paraît être le sentiment qui a fait exiger des juifs un serment exceptionnel, comme garantie de leur sincérité. On les a plutôt mis en état de suspicion, qu'on a voulu consacrer en leur faveur la liberté de conscience. Mais du moment qu'ils n'invoquent pas les dogmes particuliers de leur religion, qu'ils répudient les usages anciens, et repoussent des solennités dont ils ne reconnaissent pas la nécessité ou l'utilité, de quel droit leur infliger, dans le sanctuaire même de la justice et de l'égalité devant la loi, d'humiliantes et odieuses distinctions ? Le consistoire central n'a-t-il pas déclaré en 1806, et les grand rabbins ré-

pété en 1844, que le serment *more judaicô* est un reste des superstitions du moyen âge, et que la simple déclaration faite par ces mots, Je jure, lie complètement le juif comme tout autre Français?

Enfin, dans quelles difficultés pratiques ne se jette-t-on pas, en assujettissant celui qui prête serment aux formes établies par sa religion particulière? Les juges devront donc commencer par s'enquérir de ses dogmes, de son culte; lui demander quelle religion il a, si même il en a une. S'il se renferme dans un silence absolu, en disant seulement, je suis citoyen français, comment sera-t-il contraint à le rompre? Et s'il déclare qu'il professe l'athéisme et l'irréligion, faudra-t-il décider qu'il est incapable ou indigne du serment? Mais les juges devront encore contrôler les déclarations de la partie; car, pour se prémunir contre la fausseté du serment et porter la sanction religieuse à sa plus haute puissance, il faut bien vérifier les allégations de celui à qui le serment est déféré, déterminer le caractère particulier de sa religion et y approprier une formule juratoire. Ne voilà-t-il pas le tribunal érigé en sanhédrin, en consistoire, en concile, et appelé à se prononcer sur des questions de dogme et de cérémonial? C'est précisément cette inquisition, qui ne peut d'ailleurs produire aucun résultat judiciaire, que la loi civile a voulu éviter, en repoussant toute distinction fondée sur la différence des croyances religieuses. Il suffira, dit-on, que la partie ne déclare pas qu'elle est d'une religion particulière, pour qu'elle soit admise à jurer dans la forme commune. N'est-ce pas une inconséquence? Car, d'une part, ce ne doit pas être à elle, dans le système que nous combattons, de régler la forme de son serment, et elle le fait ici d'une manière indirecte; d'autre part, soit qu'elle se taise sur sa religion, ou que, la confessant, elle soit disposée à jurer dans la forme générale, elle se soumet, dans tous les cas, au serment, comme à un acte juridique dont elle comprend le caractère obligatoire.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas douteux que le serment prêté

par un sectaire, dans la forme commune, sans opposition de la partie adverse, ne doive produire tous ses effets (1).

12. Les juges peuvent au surplus, sans modifier la forme du serment judiciaire, prendre les mesures les plus convenables pour en assurer la sincérité. Après avoir rappelé à la partie les faits sur lesquels elle doit jurer, ils ont le droit de lui adresser toutes remontrances, toute admonition sur les peines du parjure. Ils peuvent aussi, en ajournant la prestation du serment à une autre audience, la livrer à ses propres réflexions, et lui ménager le moyen de se désister sans éclat de prétentions que, sur le moment même, le respect humain l'aurait empêché de rétracter. Le Code de procédure ne prescrit pas ces précautions, mais il ne les repousse point.

§ Ier. *Du Serment décisoire.*

Article 1358.

Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit.

Sommaire.

1. Conditions essentielles du serment décisoire.
2. Du serment extrajudiciaire. Ses effets.
3. Suite. Refus de le prêter devant les personnes désignées. Refus ou impossibilité de ces dernières de le recevoir.
4. Le serment extrajudiciaire suppose une convention.
5. Du serment décisoire judiciaire. Ses caractères généraux.
6. En quoi il diffère de l'interrogatoire sur faits et articles.
7. Il est un moyen extrême.
8. Il supplée une preuve.
9. Il peut être provoqué sur toute espèce de contestation. Exceptions.
10. Il faut que la loi n'exige point un certain genre de preuve essentielle,
11. Que l'action ou l'exception ne soit pas écartée par une présomption légale,
12. Ou par un motif d'ordre public. Exemple. Tarif des avoués.

(1) Cass., 19 mai 1826. Sirey, 27, 1, 57.

COMMENTAIRE.

1. Il est de l'essence du serment décisoire proprement dit d'être déféré et prêté en justice. Cette double condition quant à sa délation et à sa prestation est indispensable pour le caractériser.

2. Nous avons vu, cependant, que le serment affirmatif était judiciaire ou extrajudiciaire. Supposons donc que deux personnes, d'ailleurs capables de disposer, qui sont en contestation, conviennent, avant d'introduire leur action en justice, et en dehors de toute juridiction publique ou volontaire, que l'une d'elles renoncera à ses prétentions, à la condition que l'autre prêtera serment sur tel ou tel fait, en présence de personnes désignées, et que, faute par elle de le prêter, elle sera réputée passer condamnation. Voilà un serment extrajudiciaire. Sa prestation ou son refus produit les effets que les parties ont d'avance réglés et déterminés en le déférant. La convention d'après laquelle il est déféré contient une transaction conditionnelle, faite sous la condition que l'une des parties prêtera le serment convenu. Cette dernière est, conséquemment, placée dans l'alternative de jurer ou de perdre son procès (1). Ce serment vaut ainsi, soit comme transaction, soit comme aveu ou déclaration emportant la décision de l'affaire, ou contenant simplement un moyen préparatoire de décision.

La loi romaine s'en occupe dans différents textes. C'est de lui qu'elle dit : *Jurisjurandi religio quâ ex pactione ipsorum litigatorum deciduntur controversiæ.... jusjurandum quod ex conventione extra judicium defertur* (2)... Si le Code ne s'en occupe point, c'est qu'il rentre dans cette variété infinie des

(1) DURANTON, T. 13, n° 568.
(2) L. 1 et 17, *ff. De jurejur. sive volunt. sive necessar. sive judic.*

contrats qui n'a d'autres limites que la volonté et la liberté mêmes des contractants.

Ce serment extrajudiciaire a sans doute un caractère décisoire, puisque, par l'effet de la convention conclue hors justice, l'issue du procès en dépend dans tous les cas, soit que la partie à laquelle il a été déféré le prête ou refuse de le prêter. Il diffère par là du serment déféré au bureau de conciliation, dont le refus, ainsi que nous le verrons plus loin, ne constitue qu'un refus de se concilier.

Il a en outre cela de particulier, qu'il ne peut, à la différence du serment judiciaire décisoire, être référé à l'autre partie. Sa prestation est toute personnelle, comme sa délation; ce serait dénaturer le contrat et changer les termes de la condition, que de le référer à la partie qui l'a déféré. *Jusjurandum quod ex conventione extra judicium defertur referri non potest*, dit le jurisconsulte Paul (1), à moins cependant que le contraire n'eût été expressément convenu.

S'il s'élève entre les parties quelque contestation sur le fait de la convention, de la prestation ou du refus de ce serment extrajudiciaire, les tribunaux devront en connaître et y statuer préalablement, suivant les règles ordinaires concernant la preuve des obligations. Ils jugent seulement alors que la transaction existe ou n'existe pas, qu'une décision amiable est ou non intervenue.

3. Si celui à qui le serment extrajudiciaire a été déféré refuse de le prêter en présence des personnes désignées, l'autre partie a le droit de le poursuivre en justice, et de conclure contre lui à ce qu'il soit condamné, faute par lui d'avoir prêté le serment convenu, dans les termes du contrat. Le défendeur offrirait même vainement de le prêter devant la justice. Il suffit qu'il ait refusé une première fois devant les tiers indiqués pour le recevoir, pour que la condition sous laquelle il s'était engagé à adhérer aux prétentions de son adversaire, soit réputée irrévocablement accomplie. Mais le demandeur doit alors

(1) L. 17, *ff. De jurejur.*

lui-même établir que l'autre partie a refusé de prêter serment, en prouvant, par exemple, qu'elle n'a pas répondu à la sommation qui lui avait été adressée.

Si le serment n'avait pas été prêté devant les personnes convenues, parce qu'elles n'ont pas voulu ou qu'elles n'ont pas pu le recevoir, la partie qui l'a déféré ne pourrait pas poursuivre l'autre en justice, et conclure contre elle à ce qu'elle fût condamnée ou qu'elle prêtât serment. Les juges ordinaires n'ont pas alors, suivant l'intention présumée des parties, le droit de suppléer, pour la réception du serment, les tiers qui avaient été désignés pour le recevoir. Leur désignation constitue, en effet, une sorte de compromis ou de mandat qui s'éteint naturellement par leur refus ou leur impossibilité de procéder. Mais il en serait autrement, s'il résultait au contraire de la convention que les contractants ont voulu autoriser le tribunal à se substituer aux personnes indiquées. Hors ce cas, il faudrait considérer comme non avenue la délation du serment extrajudiciaire, et en faire abstraction complète dans le jugement de la cause.

Alors même que ce serment serait prêté devant le tribunal, il ne serait judiciaire que par la forme de sa prestation en justice, de telle sorte que la partie à laquelle il a été déféré ne pourrait le référer à l'autre. La convention qui en contient la délation extrajudiciaire place ainsi le défendeur dans la rigoureuse alternative de le prêter personnellement ou de refuser de le prêter.

Il en serait de même au cas où les parties auraient fait, hors justice, une convention par laquelle elles auraient fait dépendre l'issue de la contestation de la prestation d'un serment déféré à l'une d'entre elles, sans qu'elles eussent désigné aucune personne pour le recevoir. Elles seraient alors censées s'en être rapportées aux juges ordinaires du soin de le recevoir et d'en donner acte.

Mais il ne faut point, dans l'exécution des conventions de cette nature, assimiler à un refus de serment une simple impossibilité provenant d'un cas fortuit ou d'une force majeure.

Comme toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût (1175), la peine attachée à la non prestation du serment ne doit pas s'étendre indistinctement aux cas où la partie à laquelle il a été déféré refuse de le prêter, ou se trouve, malgré elle, dans l'impossibilité de satisfaire à la condition qui lui a été imposée. Dans ce dernier cas, la non prestation du serment en fait réputer la délation contractuelle non avenue, et replace les parties au même et semblable état que si elles n'avaient fait aucun projet de transaction conditionnelle. Le jugement de la contestation revient devant la justice dans les termes ordinaires de tout procès.

4. S'il n'était intervenu entre les parties aucune convention préalable de serment, vainement l'une d'entre elles aurait la prétention de déférer extrajudiciairement le serment à l'autre. Celle-ci ne serait pas forcée d'y répondre, les juges ayant seuls le droit, lorsque la délation en est faite en justice, d'y contraindre la partie à laquelle le serment est déféré. Dans le cas même où il aurait été référé, l'adversaire ne saurait être tenu de le prêter. Mais ces délations et relations de serment extrajudiciaire, qui sont plutôt des espèces de défis que les parties s'adressent, ne se rencontrent point en général dans la pratique des tribunaux.

5. On ne peut en dire autant du serment décisoire, dont nous allons maintenant nous occuper. Il est en effet d'un usage fréquent en justice, et répond à des nécessités extrêmes de situation qui se reproduisent souvent.

Comme le serment extrajudiciaire conventionnel, dont nous venons de dire quelques mots, il contient une sorte de transaction, *jusjurandum speciem transactionis continet* (1); et voici comment : Je vous poursuis en payement d'une somme de... ; vous déniez la dette, et, de mon côté, je n'ai aucune preuve régulière ou complète de ma créance. Je vous défère le ser-

(1) L. 2, *ff. De jurejur.*

ment. C'est vous dire : Je vous fais juge dans votre propre cause, bien qu'il y ait de l'iniquité à être juge de son procès; *iniquum est aliquem suæ rei judicem fieri* (1). Jurez que vous ne me devez rien, et je me désiste de mes prétentions, je renonce à ma demande. Mais, réciproquement, si vous ne jurez pas, si vous refusez de prêter serment, vous aurez par cela même reconnu la légitimité de mon action.

La délation de serment constitue ainsi une proposition de transaction conditionnelle, en faisant dépendre le jugement de la cause du serment déféré. Son refus comme sa prestation sert à trancher la contestation. Il a pour résultat immédiat et nécessaire de terminer le litige; il le décide, et c'est pour cela qu'on l'appelle décisoire. *Maximum remedium expediendarum litium, in usum venit jurisjurandi religio* (2); c'est surtout comme moyen d'expédier les procès que l'usage du serment a été admis, disent les lois romaines.

Reprenons notre hypothèse : Je vous ai déféré le serment; vous le prêtez ou bien vous refusez de le prêter. Le procès est terminé, décidé, dans l'un comme dans l'autre cas.

Mais vous pouvez me référer vous-même le serment; et c'est alors à moi que vous dites à votre tour : Restez juge dans votre propre cause. Jurez que votre créance existe, et je passe condamnation; sinon, soyez débouté de votre demande.

Voilà donc ce qui se passe quand on défère ou qu'on réfère le serment décisoire. Il y a toujours une proposition de transaction conditionnelle, subordonnée, dans un sens ou dans un autre, à la prestation ou au refus du serment. Nous verrons bientôt en quels cas, comment et sous quelles conditions cette proposition peut être faite par l'une des parties, et doit être acceptée par l'autre.

6. Le serment judiciaire diffère de l'interrogatoire sur faits et articles, en ce que la partie qui le provoque en fait dépendre la décision de la cause, tandis qu'elle recherche seulement

(1) L. 7, *ff. De judiciis.*
(2) L. 1, *ff. De jurejur.*

dans l'interrogatoire sur faits et articles les preuves qui lui manquent. Il y a en outre cette différence, que le serment fait preuve pour celui qui le prête, tandis que l'interrogatoire ne fournit de preuves que contre celui qui le subit.

7. Par sa nature, la délation du serment décisoire est une ressource extrême, désespérée, pleine de périls. Elle n'est jamais employée qu'en désespoir de cause. C'est un dernier appel fait à la loyauté, à la conscience, à tous les sentiments moraux et honnêtes d'un adversaire qui a pour lui la rigueur de la loi, et entend profiter de ses avantages. On se retourne vers lui, quand on n'a plus rien à espérer du côté de la justice, et il semble qu'on veuille décharger le juge du poids d'une iniquité pour en accabler le seul plaideur. Quel danger celui qui défère le serment a-t-il d'ailleurs à courir? La justice est prête à le condamner; il le voit, il le sent. Son salut viendra peut-être de son désespoir, et il ne risque pas de mieux perdre son procès de la part de son adversaire que de la part de ses juges. Que ce soit donc lui qui le condamne par son serment; par la manière même dont il aura décidé sa condamnation, il lui aura encore ménagé la satisfaction secrète de l'imputer plutôt à la mauvaise foi et au parjure qu'à la justice et au bon droit.

Il n'est pas enfin sans exemples, si rares qu'ils soient, que la partie à laquelle le serment a été déféré refuse de le prêter ou le réfère à l'autre. Mais il ne faut guère compter sur ces scrupules, ces remords, ces retours sur soi-même, que l'opiniâtreté de la lutte, les engagements d'amour-propre et de respect humain tendent de plus en plus à rendre impossibles. Aussi dit-on de celui qui défère le serment décisoire, qu'il ne veut qu'être mieux assuré de perdre son procès.

8. Toute délation de serment, il est facile de le comprendre, est destinée à suppléer l'absence, l'irrégularité ou l'insuffisance d'une preuve. Elle ne saurait avoir d'autre objet ni d'autre but. Celui-là donc qui défère le serment à sa partie adverse, soit comme demandeur, soit comme défendeur, ne fait

que se décharger de l'obligation qui lui était imposée d'administrer la preuve du fait sur lequel il fonde sa demande ou son exception. Il se ménage du moins, en déférant le serment, le moyen de suppléer cette preuve, soit par le refus de serment ou une reconnaissance formelle de la part de son adversaire, soit par sa propre déclaration, si le serment lui est référé. Ce n'est pas à un autre titre que le serment est rangé, dans nos lois, au chapitre de la preuve des obligations et du payement.

Mais nous devons faire ici cette observation importante qui se rattache à la nature même du serment considéré comme moyen de suppléer une preuve ; c'est qu'il convient de rechercher dans les termes où il a été prêté moins l'affirmation de son propre droit de la part de celui auquel il a été déféré ou référé, que la reconnaissance du fait juridique sur lequel l'autre partie fonde sa demande ou son exception. Car c'est à elle que la charge de la preuve incombe, sans que son adversaire ait à fournir, sous forme d'affirmation, aucune preuve de son propre droit. Ainsi, je vous demande mille francs, sans titre, et je vous défère le serment ; je ne vous dis pas : Affirmez-vous que vous ne me devez rien? Je suis censé vous dire, ce qui est bien différent : Reconnaissez-vous me devoir? De même, quand vous me répondez, en exceptant d'un payement dont vous n'avez pas retiré la preuve écrite, et en me déférant le serment sur ce point, vous ne me dites pas : Affirmez-vous que je ne vous ai pas payé ; mais seulement, reconnaissez-vous que je vous ai payé? Ces distinctions, on le comprend, sont fort importantes, surtout lorsqu'il s'agit d'apprécier les termes dans lesquels le serment a été prêté (1).

9. De la nature et de l'objet du serment naissent diverses conséquences, dont les articles du Code ne sont que le développement et la consécration.

Comme proposition de transaction conditionnelle, la délation du serment décisoire jouit d'une liberté aussi étendue que la faculté même de contracter. Mais aussi elle est soumise aux

(1) Voy. 1363, n° 3.

mêmes conditions de consentement, de capacité, de cause et d'objet. Si donc, en principe, le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (1358) (1), il convient néanmoins de limiter la portée de cette disposition par le rapprochement de quelques-uns des principes qui régissent la matière des obligations et des contrats.

De même que les conventions ne sont pas valables, lorsque la chose qui en fait le sujet n'est pas dans le commerce, ou que la cause en est prohibée par la loi, contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, de même la délation du serment décisoire est irrecevable, lorsque l'objet de la contestation consiste en des choses ou des droits sur lesquels il n'est pas permis de transiger. Autrement, on éluderait les dispositions prohibitives de la loi, en déférant le serment, et en se ménageant par là un moyen indirect de faire une transaction qu'on ne peut faire directement d'une manière régulière et licite.

Malgré la généralité de ses termes, notre article reçoit donc exception dans tous les cas où la chose qui fait l'objet de la contestation ne peut faire le sujet d'une transaction, d'un contrat, d'une renonciation, d'un acquiescement, d'un aveu. En pareille hypothèse, le serment serait vainement déféré; l'autre partie ne serait pas tenue de répondre à sa délation, et alors même qu'elle déclarerait l'accepter, la justice ne devrait pas l'admettre. Car la volonté des parties ne peut la contraindre à se faire l'instrument d'un acte illicite et irrégulier.

Ainsi, le serment ne peut être déféré sur les faits qui fondent une demande en séparation de corps (2); mais seulement sur les faits de réconciliation dont exciperait l'un des époux (3).

Qu'il nous suffise d'avoir posé ce principe général, et qu'on ne nous demande pas de citer d'autres exemples, qui s'offrent

(1) L. 34, ff. *De jurejur.*

(2) TOULLIER, T. 10, n° 378.— DURANTON, T. 13, n° 574.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 614.— MERLIN, Rép., v° *Serment*, § 2, art. 2, n° 6.— BONNIER, n° 300. — Grenoble, 19 juill. 1838. SIREY, 39, 2, 415.

(3) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 362.

d'ailleurs d'eux-mêmes à l'esprit, tant ils abondent dans le cours même de notre commentaire.

10. D'un autre côté, la délation du serment décisoire, considérée comme moyen de décharger celui qui le défère de l'obligation de prouver le fait sur lequel il fonde sa demande ou son exception, la délation du serment décisoire, disons-nous, reçoit, à ce second point de vue, une nouvelle limitation. Comme alors elle a pour objet de suppléer l'absence, l'irrégularité ou l'insuffisance d'une preuve, il faut, pour qu'elle soit admissible, d'abord qu'il s'agisse de l'existence d'un fait ou d'un acte qui ne dépende point d'un certain genre de preuve essentiellement exigé par la loi. Par exemple, le testament, la donation, l'hypothèque, le contrat de mariage, n'existent juridiquement qu'à la condition qu'ils soient établis par un genre de preuve déterminé qui est de leur essence même. Vainement donc une partie déférerait à l'autre le serment décisoire sur la question de savoir si telle personne a fait des dispositions testamentaires, ou une donation, consenti une hypothèque, ou fait un contrat de mariage, en ce sens du moins que le refus de prêter le serment déféré doive avoir pour conséquence de faire tenir pour avérée l'existence de ces divers actes (1).

Mais il faut se garder ici d'une confusion. Nous supposons que la partie qui défère le serment veut suppléer directement par ce moyen l'absence même de tout instrument écrit destiné à constater les dispositions testamentaires, la donation, l'hypothèque ou le contrat de mariage allégués. C'est pour ce cas seulement que nous disons que la délation du serment est inadmissible, comme ne pouvant aboutir à aucun résultat légalement efficace. Mais rien ne s'oppose à ce que le serment décisoire soit déféré sur la question de savoir, par exemple, lorsque la perte des actes instrumentaires est articulée, s'il n'est pas vrai que ces actes ont été passés et qu'ils ont été perdus ou détruits par suite d'un accident quelconque. La délation du serment a, dès lors, pour objet d'établir un fait

(1) Duranton, t. 13, n° 575.—Cass., 21 juill. 1852. Sirey, 52, 1, 696.

dont la preuve est parfaitement recevable, et qui, une fois prouvé, est de nature à produire des conséquences juridiques.

11. Pour que le serment puisse être régulièrement déféré, il faut en outre que l'action ou l'exception ne soit pas péremptoirement écartée par une présomption légale n'admettant aucune preuve contraire. Car le serment, considéré comme moyen de suppléer une preuve, soit qu'il la constitue directement lui-même par une affirmation positive, ou indirectement par le refus de le prêter, ne saurait, à ce titre, prévaloir sur la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice.

Tels sont les cas d'interposition de personnes (1), de chose irrévocablement jugée (2), ou de prescription ordinaire (3).

12. « Le principe d'après lequel le serment décisoire peut être déféré sur toute espèce de contestation, cesse encore, dit la Cour de cassation, de recevoir son application lorsque la loi, dans un intérêt public, refuse l'action en justice à la partie qui défère le serment. »

Tel est le caractère de la disposition de l'article 151 du Tarif du 16 février 1807, qui prescrit aux avoués la tenue régulière d'un registre, coté et paraphé par le président du tribunal, ou par un des juges commis, sur lequel ils doivent inscrire eux-mêmes, par ordre de date et sans aucun blanc, toutes les sommes qu'ils reçoivent de leurs parties. Dès lors, les juges sont autorisés à rejeter la demande de l'avoué qui ne représente pas ce registre, lorsqu'il en est requis par son adversaire ou par la justice, sans avoir égard à la délation du serment décisoire (4).

(1) Voy. 1352, n° 10.

(2) DURANTON, T. 13, n° 576. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 614. — Cass., 22 août 1822. SIREY, 23, 1, 66.

(3) DURANTON, T. 13, n° 577. — ZACHARIÆ, *ibid.*

(4) Cass., 1er mai 1849. SIREY, 49, 1, 699.

13. Par exception, l'article 2275 autorise ceux auxquels les prescriptions abrégées sont opposées à déférer le serment à ceux qui les opposent, sur la question de savoir si la chose a été réellement payée. Et l'article 189, C. comm., oblige les prétendus débiteurs de lettres de change et billets à ordre, prescriptibles par cinq ans, d'affirmer sous serment, s'ils en sont requis, qu'ils ne sont plus redevables.

Cette exception particulière est fondée sur ce que les prescriptions abrégées sont uniquement établies sur une présomption légale de libération, et que cette présomption cède à la preuve contraire résultant du refus de prêter serment, de la part de celui qui invoque en sa faveur une prescription de cette nature. Mais comme la prescription ordinaire repose, outre la présomption de libération ou de renonciation, sur des considérations d'intérêt public, la présomption absolue qui en résulte ne peut être infirmée par aucune délation de serment.

Cependant, comme elle peut être l'objet d'une renonciation expresse ou tacite, rien ne s'oppose à ce que le serment soit déféré sur l'existence des faits articulés comme constituant une renonciation volontaire, et comme supposant l'abandon du droit acquis.

Les dispositions de l'article 2275 sont encore exceptionnelles sous un autre rapport, en ce sens qu'elles ne sont applicables qu'aux prescriptions établies par les articles 2271 et suivants. Ainsi, elles ne s'appliquent point à la prescription annale, à laquelle l'article 433, C. comm., soumet l'action en payement des gages ou loyers des officiers, matelots et autres gens de l'équipage. Ces articles n'autorisant pas expressément le créancier à déférer le serment à son débiteur, le juge violerait la loi en admettant un moyen de preuve qu'elle n'a point réservé contre la prescription. Toute délation de serment, dans ce cas, est en effet également en opposition avec l'esprit particulier de l'article 433, C. comm., et avec les principes généraux du droit. D'une part, la prescription abrégée de la loi commerciale est fondée sur le besoin d'assurer le prompt règlement des nombreux intérêts qui se rattachent à un arme-

ment maritime, et de mettre l'armateur à l'abri de réclamations tardives. D'autre part, comme toute prescription, quelle qu'en soit la durée, qu'elle soit établie par la loi civile ou par la loi commerciale, est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps qui dispense de toute preuve celui en faveur duquel elle est accomplie, sans qu'aucune preuve soit admissible contre la présomption légale et absolue qui en résulte, à moins de dispositions contraires, il suffit que l'article 433, C. comm., n'ait point réservé au créancier le droit de déférer le serment au débiteur sur le fait de sa libération, pour que la prescription annale qu'il établit soit réglée, dans ses effets, par le droit commun des prescriptions, et qu'aucune preuve contraire ne doive être reçue sous forme de délation de serment (1).

14. Quoi qu'il en soit, toutes les fois que le serment n'a pas pour objet de suppléer un genre de preuve qui est essentiel à l'existence même de l'acte formant le sujet de la contestation, ni de combattre, comme élément de preuve contraire, une présomption légale absolue, sa délation en justice est régulière et recevable. Peu importe que, à raison de la nature, du caractère ou de la valeur de la chose, la loi ait exigé une preuve écrite, et qu'elle ait repoussé la preuve testimoniale, même appuyée d'un commencement de preuve par écrit; le serment décisoire peut toujours être déféré. Tels sont les cas où il est le plus habituellement en usage, et c'est en ce sens qu'il peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit.

15. Mais de ce que le refus de prêter serment est censé équivaloir à l'aveu du fait inverse à celui sur lequel il est déféré, il n'en faut point conclure que sa délation puisse, dans tous les cas où elle est recevable, être remplacée par un interrogatoire sur faits et articles, sous le prétexte qu'un semblable interrogatoire peut amener la partie à laquelle le serment pourrait

(1) Bordeaux, 16 nov. 1848. Sirey, 49, 2, 266. — Cass., 13 fév. 1856. Sirey, 56, 1, 613.

être déféré, à faire un aveu formel. Si, en général, ces deux moyens peuvent se substituer l'un à l'autre, ou même être successivement tous deux employés, en terminant toutefois par la délation du serment, il y a néanmoins plusieurs exceptions que nous nous bornerons à rappeler ici.

Ainsi, dans le cas des articles 2275, C. Nap., et 189, C. comm., le serment seul peut être provoqué sur le fait de libération, sans qu'on puisse ordonner un interrogatoire sur faits et articles (1). Et si, cet interrogatoire ayant été ordonné, la partie qui l'a subi n'avait fait que présenter quelques explications, sans renoncer à la prescription acquise, les juges ne pourraient en inférer aucunes présomptions de non payement contre la présomption légale résultant de la prescription (2).

Il en est de même quant au bail, la transaction, l'antichrèse, dont l'existence et les autres conditions sont contestées (3).

Le serment étant un moyen plus simple et plus rapide de vider le débat, une part plus grande lui a été faite dans la procédure judiciaire.

Article 1359.

Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère.

Sommaire.

1. Quelles personnes peuvent déférer le serment?
2. De ceux qui gèrent la chose d'autrui.
3. Des tuteurs.
4. Suite. Distinction.
5. A qui le serment peut-il être déféré?
6. Observation sur ceux à qui il ne peut l'être.
7. L'adversaire peut demander que la partie soit personnellement en cause.

(1) Troplong, *Prescript.*, n° 995. — Lyon, 18 janv. 1836. Sirey, 36, 2, 554. — Cass., 27 juill. 1853. Sirey, 53, 1, 705. — *Contrà*, Toullier, t. 10, n° 54. — Duranton, t. 13, n° 434. — Marcadé, art. 2275, n° 5.

(2) Cass., 16 janv. 1854. Sirey, 54, 1, 96.

(3) Voy. 1347, nos 39 et suiv.

COMMENTAIRE.

1. Nous examinerons sous cet article par qui le serment décisoire peut être déféré, à qui il doit l'être, et sur quels faits il est recevable.

Pour avoir le droit de déférer le serment, il faut être d'abord partie dans l'instance, et avoir en outre la capacité personnelle nécessaire pour traiter et disposer des choses qui font le sujet de la contestation. Les tiers qui ne sont pas en cause ne jouissent donc pas de cette faculté. Elle n'appartient pas non plus aux incapables, tels que les mineurs et les interdits. Et, s'ils avaient déféré à leur adversaire le serment litis-décisoire, et que les juges en eussent accueilli la délation par inadvertance ou erreur, ils pourraient se pourvoir contre la décision au moyen de la requête civile (481, C. pr.).

Quant aux femmes mariées, elles ne peuvent également le déférer que sous l'autorisation du mari, ou, à son défaut, sous celle de la justice.

De même, les personnes soumises à un conseil judiciaire ne le peuvent que sous l'assistance de ce conseil (1).

Mais il s'ensuit, d'autre part, que, si le sujet du débat se rattache à des faits de simple administration pour lesquels ils ont une capacité pleine et entière, les mineurs émancipés (2) et les femmes séparées de biens peuvent déférer le serment décisoire.

(1) Duranton, t. 13, n° 585.
(2) Duranton, t. 13, n° 584.

2. Les personnes chargées de l'administration et de la gestion des affaires d'autrui, quelles que soient l'origine et la source de leurs pouvoirs, n'ont elles-mêmes la faculté de déférer le serment que dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions qu'elles ont le droit de traiter et de transiger sur les choses qui font le sujet de la contestation.

Cette faculté n'appartient, conséquemment, ni au mari sans le consentement de sa femme, quant aux biens qui sont propres à celle-ci, et qui ne peuvent être aliénés sans son concours; ni aux avoués (352, C. pr.), ou autres mandataires quelconques (1988 et 1989), sans un pouvoir exprès et formel de la partie ou du mandant (1); ni aux syndics d'une faillite, sans l'autorisation du juge commissaire (2); ni aux tuteurs, quelque soit le sujet du procès, sans l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 467 pour la validité des transactions.

3. Cependant, M. Duranton (3) pense que les tuteurs peuvent déférer le serment dans les contestations concernant les biens de leurs pupilles, sauf aux mineurs ou interdits à se pourvoir contre le jugement rendu par la voie de la requête civile (481, C. pr.), s'ils prouvent que le serment a été déféré sans nécessité et par imprudence.

Cette restriction même avertit déjà que cette opinion ne saurait être accueillie. Car la délation de serment devant aboutir, par une sorte de transaction, à la décision du procès, il est souverainement juste de laisser à la partie à laquelle le serment est déféré, le droit d'en refuser la délation, puisque les effets décisoires peuvent ne pas en être irrévocables.

Il est vrai que, dans les principes du droit romain, le tuteur

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 612. — Duranton, t. 13, n° 587. — Grenoble, 23 fév. 1827. Sirey, 27, 2, 137. — Bordeaux, 30 juill. 1829. Sirey, 30, 2, 7. — Cass., 27 avril 1831. Sirey, 31, 1, 194. — Rouen, 21 fév. 1842. Sirey, 42, 2, 262.

(2) Zachariæ, *ibid.* — Paris, 20 fév. 1844. Sirey, 44, 2, 638.

(3) T. 13, n° 582.

pouvait, à défaut de tout autre moyen de preuve, déférer le serment, et que cette délation obligeait le pupille (1); mais pourquoi? C'est que le tuteur avait en général le droit d'aliéner les choses du pupille, et même de transiger sur ses affaires, sans l'autorisation de la justice et sans autre formalité, de telle sorte que ces actes étaient obligatoires pour le mineur, à moins que la transaction n'eût servi à couvrir une libéralité et n'eût pour effet de diminuer sa fortune (2).

Au contraire, sous le Code Napoléon, le tuteur ne peut transiger au nom du mineur que moyennant l'accomplissement de certaines formalités déterminées par l'article 467. Or, la délation du serment décisoire ne pouvant être considérée que comme une proposition de transaction conditionnelle, par laquelle celui qui le défère constitue son adversaire juge dans sa propre cause, il nous semble évident qu'elle est irrecevable et qu'elle ne peut être accueillie, soit par le juge, soit par la partie, que dans le cas où les formalités prescrites pour la validité de la transaction ont été préalablement accomplies (3).

4. Il existe cependant certaines hypothèses où le tuteur peut régulièrement, sans formalités, déférer le serment décisoire, au nom et sur les affaires du pupille : c'est lorsqu'il s'agit de simples actes d'administration que le tuteur avait plein pouvoir d'accomplir, tels que des ventes de fruits et récoltes, l'exécution ou la passation d'un bail, des comptes de fermages et autres opérations de cette nature. Comme alors sa responsabilité personnelle se trouve engagée dans les causes et dans les suites de la contestation, et qu'il a, à ce titre, un intérêt direct dans le débat, il peut déférer le serment décisoire à l'autre partie, sans qu'elle puisse se refuser à en accepter la délation. Ce sera même, le plus souvent, en son nom personnel

(1) L. 35, l. 17, § 2, *ff. De jurejur.*

(2) L. 46, § 7, *ff. De adm. et peric. tutor.*

(3) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 612. — BONNIER, n° 301. — TOULLIER, T. 10, n° 375.

qu'il aura engagé le procès, et qu'il devra, en conséquence, déférer le serment décisoire (1)...

Nous en disons autant des mandataires, administrateurs et autres représentants, lorsqu'il s'agit de faits qu'ils ont accomplis personnellement, et qui se rattachent à l'exécution de leur mandat ou à l'exercice de leurs pouvoirs.

5. Voyons maintenant à qui le serment peut être déféré. Nous suivrons la même méthode et indiquerons particulièrement quelles sont les personnes auxquelles il ne peut l'être. La solution de cette question se rattache à l'examen tantôt de la qualité du fait sur lequel le serment est déféré, tantôt de la personne à qui la délation en est adressée. Nous ne parlerons ici que de ce dernier point.

La première condition pour que le serment décisoire puisse être valablement déféré à une personne, c'est qu'elle figure comme partie dans la cause. Il ne peut pas, en conséquence, l'être au mari qui n'est en instance que pour autoriser sa femme (2); ni à la personne qui ne fait qu'en assister une autre comme conseil judiciaire.

Il ne suffit même pas d'être partie dans la cause; il faut en outre y figurer en son nom personnel, et être en même temps capable de traiter et de transiger sur les choses qui font le sujet du procès. Ainsi, le serment décisoire ne peut être déféré aux incapables, ni même à ceux qui ne font que les représenter en justice. Tels sont les maris, tuteurs, mandataires, administrateurs d'une commune, d'un établissement public ou de tout autre corps moral; enfin, les syndics d'une faillite (3).

6. On voit qu'il y a une exacte réciprocité dans les conditions qu'il convient d'exiger, soit de celui par qui le serment est déféré, soit de celui à qui il peut l'être. Il y a même, quant à ce dernier, une double observation à faire : c'est que, le plus sou-

(1) Voy. Toullier, t. 10, n° 376. — Zachariæ, t. 5, pag. 612, n^te 3.
(2) Angers, 28 janv. 1825. Sirey, 25, 2, 159.
(3) Pothier, *Oblig.*, n° 821. — Zachariæ, t. 5, pag. 613. — Toullier, t. 10, n°s 374 et 375.

vent, le fait sur lequel le serment lui est déféré ne lui est pas personnel, et que cette seule qualité du fait suffit, ainsi que nous le verrons bientôt, pour rendre la délation du serment inadmissible à son égard; c'est qu'ensuite, à moins qu'il ne s'agisse d'une femme mariée qui est habilitée par l'autorisation de son mari ou de la justice, ou d'un prodigue qui est habilité par l'assistance de son conseil, les autres incapables et ceux qui plaident en nom qualifié ne peuvent, d'aucune façon, être habilités pour accepter régulièrement la délation du serment litis-décisoire, tandis, au contraire, qu'ils peuvent l'être pour le déférer. Autre chose, en effet, la capacité nécessaire pour provoquer le serment; autre chose la capacité exigée pour pouvoir personnellement le prêter.

Mais rien ne s'oppose, bien qu'il ne leur soit pas valablement déféré, à ce qu'ils puissent le référer sous les mêmes conditions et les mêmes formalités qui sont requises de leur part pour le déférer régulièrement, lorsqu'ils en prennent l'initiative.

7. Il s'ensuit que, lorsqu'une personne à laquelle le serment serait obligatoirement pour elle déféré ou référé, en la supposant présente, est, au contraire, représentée par un tiers agissant en son nom, son adversaire a le droit de demander sa comparution personnelle à l'audience, afin qu'il lui défère ou réfère le serment. Autrement, il suffirait de plaider par mandataire pour échapper à la délation ou à la relation d'un serment décisoire. Or, la loi et l'équité s'opposent à ce que l'on crée ainsi à son avantage une choquante inégalité de condition, et que l'on prive sa partie adverse d'un moyen extrême de décision, dont la loi assure à cette dernière le bénéfice.

8. Quand nous disons que le serment n'est pas valablement déféré à ceux qui ne font que représenter l'une des parties, comme tuteurs, maris, administrateurs, mandataires et gérants, il convient d'apporter à ce principe la même exception que nous avons déjà posée, en indiquant la classe des personnes capables ou incapables de déférer le serment litis-

décisoire. Alors donc que le fait qui forme le sujet de la contestation est personnel à la partie qui en représente une autre dans l'instance, qu'il a été accompli par elle dans la limite des pouvoirs d'administration et de gestion qui lui ont été délégués, et qu'à ce titre il engage sa responsabilité individuelle, dans ce cas, le serment peut lui être valablement déféré, sans qu'elle soit fondée à en repousser la délation. Sa prestation ou son refus produit alors les mêmes effets que s'il avait été déféré à la partie représentée dans la cause. Peu importe même que le représentant ait figuré dans l'instance en nom qualifié ou en son propre nom. Le serment qui lui est déféré n'en produit pas moins les mêmes effets, pour ou contre la partie qu'il représente.

C'est ainsi que le serment déféré à une société, laquelle constitue un corps moral, l'est valablement à un seul des associés, pourvu que le fait qui forme le sujet de la contestation lui soit personnel, et qu'il ait eu, comme associé, pouvoir de représenter la société dans la consommation de cet acte. La prestation du serment ou le refus de le prêter profite alors ou nuit à la société.

Par exemple encore, Paul m'a donné mandat de poursuivre et de toucher le remboursement d'une somme que vous lui devez. Je vous assigne, en ma qualité de mandataire, en payement de cette somme. Vous prétendez que vous m'avez payé, soit les intérêts, soit une partie du principal, et, comme vous n'avez point de quittance écrite qui justifie votre allégation, vous me déférez le serment décisoire. Sa prestation, sa relation ou son refus de ma part produiront, à votre égard et à l'égard de mon mandant, leurs effets ordinaires. Ils profiteront ou nuiront à la partie que je représente, comme si le serment lui avait été déféré à elle-même, du moins par rapport à vous. C'est que le fait qui forme le sujet de la contestation m'est personnel, qu'il rentre dans les limites de mon mandat, et que le mandant est tenu de ratifier, sauf ma responsabilité particulière, tout ce que j'ai fait dans l'étendue de mes pouvoirs ou pour en régler les suites.

Mais entre lui et moi, dans nos rapports particuliers, la délation de serment qui m'a été adressée, soit que je l'aie prêté ou non, est sans influence sur la reddition de compte que je lui dois pour ma gestion ou administration. C'est en ce sens seulement qu'il nous semble que le serment déféré au représentant ou mandataire ne peut nuire au mandant ou toute autre partie représentée en cause.

9. Que l'on veuille bien faire attention aux conditions sous lesquelles nous autorisons ainsi la délation du serment décisoire à ceux qui, ne plaidant pas en leur nom personnel, en représentent seulement d'autres dans une instance. Ces conditions tiennent toutes à la qualité du fait sur lequel le serment est déféré. Vainement ce fait est personnel au représentant, si les pouvoirs qui lui sont délégués en cette qualité ne lui ont pas permis de l'accomplir d'une manière obligatoire pour le représenté ; la délation du serment ne pourra préjudicier aux droits de ce dernier. Le serment pourra sans doute toujours être déféré au représentant, mais ce ne sera qu'en le mettant en cause en son propre nom ; et alors s'il refuse de le prêter, ce refus ne pourra pas nuire à la partie qu'il représente (1).

Si une personne est en cause, non seulement en son nom personnel, mais encore en nom qualifié, le serment peut lui être déféré en son propre nom, sur les faits qui la concernent, sans qu'il puisse lui être également déféré en l'autre qualité qu'elle agit. Il convient du moins d'appliquer ici les mêmes distinctions que nous venons de poser, en ce qui touche sa qualité de représentant et la nature du fait sur lequel le serment est déféré.

10. Quant à la qualité du fait qui peut être l'objet d'un serment litis-décisoire, la première condition que la loi exige, c'est qu'il soit personnel à la partie à laquelle on défère le serment (1359). On ne comprend pas, en effet, comment on serait astreint à prêter serment sur un fait auquel on serait

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 613.

resté étranger. Or, un fait est personnel à une partie lorsqu'elle l'a personnellement accompli, ou qu'elle y a personnellement participé. La fiction de la représentation est ici inadmissible, et il faut s'attacher exclusivement à la réalité. Le serment ne peut donc pas être déféré à l'héritier ou ayant-cause de celui avec lequel le fait a été consommé; car ce fait ne lui est pas personnel.

11. En général, le serment n'est déféré que sur l'existence d'un fait. Il peut l'être cependant sur la simple connaissance personnelle que la partie peut en avoir. Alors, c'est moins l'existence du fait qui est affirmée ou déniée que l'ignorance et le doute où l'on est à cet égard. Cette espèce particulière de serment est connue en droit sous le nom de serment de crédibilité ou de crédulité. Peut-être serait-il mieux appelé serment d'opinion.

Notre législation en fournit quelques exemples. Lorsqu'il s'agit de prescriptions abrégées, l'article 2275 dispose que le serment pourra être déféré aux veuves et héritiers ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due. L'article 189, C. comm., dispose également que, néanmoins, les prétendus débiteurs (de lettres de change et billets à ordre) seront tenus, s'ils en sont requis, d'affirmer sous serment qu'ils ne sont plus redevables; et leurs veuves, héritiers ou ayants-cause qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû.

En comparant l'article 189, C. comm., à l'article 2275, on remarque que le premier ne parle point des tuteurs des héritiers mineurs. Est-ce à dire que le serment de crédulité ne puisse pas leur être déféré? Nous ne le pensons point; car ces dispositions ont été toutes inspirées par le même esprit, et doivent s'expliquer l'une par l'autre. Comme la prescription abrégée, dont il s'agit dans ces deux articles, ne peut être opposée au prétendu créancier qu'à la charge, de la part de celui qui l'invoque, de prêter serment, il n'y a pas plus d'ex-

ception à faire dans un cas que dans l'autre à l'égard des tuteurs (1).

12. Le serment de crédulité a un caractère exceptionnel en ce que, à la différence du serment qui porte sur l'existence même du fait, il peut être déféré aux tuteurs. Il s'ensuit qu'à leur égard l'exception doit être strictement renfermée dans les termes de la loi, et qu'il ne faut pas l'étendre à des cas différents non spécialement prévus.

Mais sous les autres rapports, le serment de crédulité rentre dans les principes ordinaires du droit commun. Comme il a pour objet la connaissance personnelle que la partie à laquelle il est déféré peut avoir de l'existence d'un fait, on peut dire avec raison qu'il est déféré sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère. Il peut donc, en dehors des hypothèses prévues par les articles 2275, C. Nap., et 189, C. comm., être déféré à la veuve ou aux héritiers du défunt, sur toute espèce de faits dont ils ont pu avoir une connaissance personnelle, et dans toute espèce de contestation les concernant (2), sans qu'il puisse toutefois préjudicier aux autres parties intéressées qui n'ont pas été mises en cause, et sont restées étrangères à sa délation.

Nous pensons même que le serment de crédulité ne saurait être limité à la veuve et aux héritiers du défunt. Pour que la délation en soit recevable, il suffit, suivant nous, que la connaissance personnelle sur laquelle le serment est déféré soit de nature à produire des conséquences juridiques par rapport à celui auquel on le défère (3). Et les exemples n'en sont pas rares, surtout au point de vue de la bonne ou de la mauvaise foi. Si, par leur position particulière, la veuve et les héritiers du défunt sont mieux à même de connaître ses faits et ses affaires, il ne s'ensuit nullement qu'ils soient seuls astreints à

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 613.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 819. — BONCENNE, T. 2, pag. 492. — TOULLIER, T. 10, n° 372. — DURANTON, T. 13, n° 580. — LOCRÉ, T. 12, pag. 539. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 615, n[te] 14.

(3) Voy. cep. ZACHARIÆ, T. 5, pag. 615, n[te] 14.

fournir une affirmation juratoire en justice. D'autres aussi peuvent avoir, dans une condition différente, une connaissance semblable, et il suffit qu'ils l'aient personnellement pour que la délation du serment de crédulité soit recevable à leur égard. Ce n'est donc pas tant la qualité de la personne que la qualité du fait qu'il importe de considérer.

Il est d'ailleurs bien entendu que cette délation ne préjudicie point aux tiers qui, n'étant point en cause, n'ont eu à répondre personnellement à aucune délation de serment.

13. S'agissant d'un serment de crédulité, les juges auront soin de ne pas confondre avec un refus de serment, ou avec une déclaration affirmative, les explications données avec sincérité et bonne foi, ni l'expression d'un doute consciencieux et honnête, sauf à eux à apprécier les faits déclarés et à en déduire les conséquences légales.

14. Il ne suffit pas que le fait sur lequel le serment est déféré soit personnel à la partie, il faut qu'il soit en outre relevant et décisif; c'est-à-dire qu'il doit être de telle nature, que sa dénégation ou son affirmation servent à décider du fondement de la demande ou de l'exception. S'il ne devait pas emporter la décision du procès, il ne pourrait pas être régulièrement le sujet d'un serment décisoire. La délation, en étant superflue, serait par cela même inadmissible.

Tel est le cas où une partie défère à l'autre le serment sur le fait de savoir si elle n'a pas cédé ses droits litigieux, se réservant, en cas d'aveu, la faculté de ne pas exercer le retrait et de continuer ainsi le procès. Comme le serment déféré dans ces termes ne doit pas avoir pour résultat de terminer la contestation, les juges ne peuvent pas l'admettre comme litisdécisoire (1).

15. Il appartient aux juges d'apprécier le caractère relevant et décisif du fait sur lequel le serment est déféré. Ils ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire pour décider si le fait peut

(1) Cass., 12 mai 1852. Sirey, 52, 1, 782.

ou non servir à la décision du procès, en ce qui concerne la justification de la demande ou de l'exception au soutien desquelles il est allégué (1).

Mais si, au lieu de commettre une simple erreur d'appréciation en fait, les juges avaient erré sur les conséquences légales du fait qui forme le sujet du serment, soit pour en rejeter ou pour en accueillir la délation, alors il y aurait de leur part une véritable erreur de droit qui donnerait ouverture à cassation. Car leur appréciation erronée quant aux conséquences légales du fait, en le supposant affirmé ou dénié, constitue, soit une violation, soit une fausse application de la loi (2).

Article 1360.

Il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

Sommaire.

1. Le serment peut être déféré quoiqu'il n'existe aucune preuve,
2. Contre et outre le contenu aux actes, etc...,
3. Sauf inscription de faux.
4. Le serment peut être provoqué en tout état de cause,
5. Sauf après la mise en délibéré et les conclusions du ministère public.
6. Si le serment déféré par conclusions subsidiaires devient supplétif.
7. Renvoi quant au serment déféré par esprit de vexation et de malice.
8. Observation sur le caractère des conclusions principales.
9. *Quid*, si elles sont abandonnées?
10. Ne pas confondre la qualité du fait avec l'ordre des conclusions.
11. Du serment déféré en conciliation,
12. Ou référé. Son caractère. Ses effets.
13. Il diffère du serment judiciaire et supplétif.
14. Le serment ne peut être déféré devant la juridiction administrative,
15. Ou criminelle.

COMMENTAIRE.

1. Comme le serment décisoire a pour effet de décharger celui qui le défère de l'obligation de prouver le fait qui sert

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 615.—Cass., 6 mars 1834. Sirey, 34, 1, 756.
(2) Zachariæ, *ibid.*

de fondement à sa demande ou à son exception, et de suppléer ainsi, aussi complètement que possible, la preuve qui lui incombe, il en résulte que le serment peut être déféré, suivant les dispositions de notre article, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (1360).

Ce fut autrefois un sujet de vive controverse entre les docteurs, que la question de savoir s'il ne fallait pas quelque commencement de preuve pour être autorisé à déférer le serment décisoire. Pothier (1), qui résume la discussion sur ce point, énonce une opinion conforme aux dispositions du Code.

Cette opinion, il faut bien le reconnaître, est la seule qui se concilie avec la nature et la pratique du serment. On ne comprend guère en effet, à moins qu'on ne lui suppose le désir assez bizarre de s'exposer à perdre son procès, ou la malicieuse intention de tenter un parjure, qu'une partie qui a dans ses mains la preuve du fait qui justifie la légitimité de sa demande ou de son exception, s'en aille, sans nécessité, renonçant aux avantages de sa preuve, déférer le serment décisoire à son adversaire, et le constituer juge dans sa propre cause. Ce n'est donc qu'en l'absence de toutes preuves et pour les remplacer que le serment est communément déféré.

2. Il peut l'être, par suite, sur toute espèce de contestations et de faits, pourvu que la chose, étant de libre disposition, soit susceptible de faire la matière d'une transaction, et que le fait soit de nature à produire des conséquences juridiques, dans le sens de la demande ou de l'exception.

Il peut l'être également, et nous rentrons ici dans les dispositions spéciales de l'article 1360, même sur des faits dont la preuve testimoniale ne serait pas admissible, et même encore contre et outre le contenu des actes privés ou publics, sur ce qui aurait été dit et convenu lors ou depuis leur rédaction (2). Comme moyen de suppléer une preuve, et dans tous

(1) *Oblig.*, n° 820.
(2) TOULLIER, T. 10, n° 380. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 616.

les cas où le fait qui forme le sujet de la contestation ne dépend pas d'un genre particulier de preuve qui lui est essentiel, le serment décisoire a une autorité probante irrésistible et illimitée.

3. Nous remarquerons seulement que, s'il s'agit de faits qui soient authentiquement établis, la foi due à ces constatations authentiques ne peut être infirmée par le serment décisoire, s'il n'y a préalablement une inscription de faux. Jusque-là, il est irrecevable sur les faits revêtus du caractère de l'authenticité (1).

4. Il est, au surplus, dans sa nature et dans ses effets de pouvoir être déféré en tout état de cause (1360). La partie qui le défère n'est pas plus forclose du droit de le déférer dans tout le cours de l'instance, qu'elle ne l'est d'administrer tous moyens légaux de preuve à l'appui de sa demande ou de son exception. Son droit ne cesse qu'au moment même où la contestation est éteinte, c'est-à-dire où il est intervenu une décision passée en force de chose jugée. Jusque-là, elle conserve incessamment, sans qu'elle puisse même s'en forclore par aucun acte de procédure ou d'instruction, la faculté de déférer à son adversaire le serment litis-décisoire.

Elle en jouit donc même après l'emploi de tous autres moyens de défense, après enquête, expertise, vérification d'écriture ou de signature, instruction sur faux incident, soit en première instance, soit en instance d'appel.

5. Mais elle n'est plus à temps de l'exercer après le rapport de l'affaire mise en délibéré (111, C. pr.), ni après les conclusions du ministère public dans les affaires ordinaires (loi du 30 mars 1808, art. 72, 87). En effet, le débat est clos, et si les parties peuvent remettre aux juges des observations, éclaircissements et mémoires, elles ne peuvent plus changer la face du débat, en prenant de nouvelles conclusions (2).

(1) Voy. 1319, nº 22.
(2) Cass., 29 mai 1850. Sirey, 51, 1, 131.

6. On s'est demandé si le serment déféré par conclusions subsidiaires ne cessait pas d'être véritablement décisoire, et si, par la forme de sa délation, il ne devenait pas simplement supplétif, de telle sorte que le juge avait le pouvoir discrétionnaire de le rejeter ou de l'admettre, sous les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un serment supplétif proprement dit. Les auteurs et les arrêts décident en général que tel est le caractère du serment déféré par conclusions subsidiaires, et que le juge ne peut l'imposer à la partie à laquelle il est déféré, qu'autant que la demande ou l'exception n'est pas totalement dénuée de preuves (1).

D'autres arrêts décident toutefois que le juge peut alors apprécier les circonstances, et considérer plutôt comme supplétif que comme décisoire, le serment déféré par conclusions subsidiaires, d'après les termes de sa délation, plus subsidiairement, très subsidiairement (2).

Quelque témérité qu'il y ait, de notre part, à combattre une opinion qui s'appuie sur d'aussi imposantes autorités, et qui tend à prévaloir dans la jurisprudence, nous n'en croyons pas moins de notre devoir de dire franchement qu'elle nous a toujours paru fondée sur une fausse interprétation de la loi. Les motifs sur lesquels elle repose se réduisent à cette unique raison, que les arrêts n'énoncent même pas toujours, à savoir : que le juge, lorsqu'un serment décisoire est déféré, n'a plus à s'occuper des preuves que pourrait invoquer celui qui le défère à l'appui de sa demande ou de son exception; qu'il ne reste d'autre question que celle de savoir si la partie à laquelle il est déféré le prêtera ou le refusera; que dans le cas, au contraire, où une partie ne défère le serment que subsidiairement,

(1) Merlin, Rép., v° *Serment*, § 2, art. 2; n° 7; Quest., *Eod.*, v°, § 4. —Toullier, t. 10, n°s 404 et 405. —Favard, Rép., v° *Serment*, sect. 3, § 2, n° 6, — Cass., 30 oct. 1810. Sirey, 11, 1, 38. — Colmar, 5 fév. 1834 et 7 mars 1835. Sirey, 35, 2, 143 et 416.—Limoges, 23 fév. 1843. Sirey, 44, 2, 637. — Cass., 15 mars 1852. Sirey, 52, 1, 324. — Douai, 31 janv. 1855. Sirey, 55, 2, 247.

(2) Pau, 3 déc. 1829. Sirey, 30, 2, 107.—Cass., 12 nov. 1835. Sirey, 36, 1, 923. — 7 nov. 1838. Sirey, 38, 1, 875.

après avoir présenté et épuisé successivement tous les moyens propres à justifier sa demande ou son exception, elle ne fait pas dépendre uniquement et exclusivement du serment qu'elle défère la décision de la contestation; qu'en conséquence, le serment ainsi provoqué ne saurait être considéré comme décisoire.

Nous remarquons d'abord que si cette argumentation est vraie, elle implique contradiction entre les arrêts qui réputent simplement supplétif le serment déféré subsidiairement, et ceux qui reconnaissent au juge la faculté de le considérer comme décisoire ou comme supplétif, suivant l'appréciation des circonstances et les termes de sa délation. En effet, elle a un caractère absolu qui ne permet aucune distinction; et s'il est vrai que, pour être décisoire, le serment doive être déféré par conclusions principales, il sera toujours et nécessairement supplétif, quand il sera déféré par conclusions subsidiaires.

Qu'importe que la partie qui le défère ait dit ou non dans ses conclusions, plus subsidiairement, très-subsidiairement; qu'elle ait noté, ou non, par un comparatif ou un superlatif, le caractère extrême et désespéré du moyen qu'elle emploie? Il n'aura, dans aucun cas, dépendu d'elle de changer l'ordre de ses conclusions, et de conserver au serment qu'elle défère le caractère de serment décisoire, s'il l'a perdu par le rang plus ou moins subsidiaire du chef de conclusions où il est compris. Il nous semble, d'ailleurs, qu'il y a quelque chose de puéril et de vain dans cette appréciation de termes qui sont plus de style qu'ils n'ont de sens et de valeur réelle. Nous disons donc qu'il y a inconséquence dans l'opinion qui accorde au juge un pouvoir quelconque d'appréciation, et que cette opinion moyenne, pour n'être ni absolument vraie, ni absolument fausse, ne nous en fournit pas moins un premier argument pour combattre l'autre opinion extrême que nous croyons devoir repousser.

La grande erreur du motif sur lequel elle se fonde consiste en ce que l'on y considère le serment décisoire comme devant

essentiellement et nécessairement être le seul et unique moyen de décision. Là est l'erreur. Quand l'article 1357 définit le serment décisoire, celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause, il ne veut pas dire que ce serment doit être l'unique moyen de décision proposé, de telle sorte que le juge n'ait à examiner aucun autre moyen préalablement invoqué. Il veut dire seulement que le serment déféré doit, étant considéré en lui-même, dans son objet et dans ses conséquences, nécessairement entraîner la décision de la contestation d'une manière irrévocable, en dispensant le juge de l'examen de tous autres moyens qui seraient ultérieurement proposés.

Or, pour être déféré subsidiairement, le serment n'en conserve pas moins sa nature décisoire, en ce sens qu'après le rejet des autres et principaux moyens proposés par la partie qui le défère, à l'appui de sa demande ou de son exception, il doit servir encore à la décision de la cause, tout aussi bien que s'il avait été déféré par forme de conclusions principales. Seulement, il ne vient qu'après l'examen des moyens de défense présentés en première ligne et successivement échelonnés. Mais cet ordre subsidiaire dans lequel il se présente ne saurait en modifier le caractère décisoire. Celui qui défère ainsi le serment commence, en effet, par prendre la justice ordinaire pour juge des moyens qui font le sujet de ses conclusions principales; puis il finit, au cas où ces conclusions seraient rejetées, par constituer son adversaire juge de la contestation. Alors le tribunal a épuisé sa juridiction, et celle de la partie à laquelle le serment est déféré en quelque sorte commence.

A quoi donc, dit-on, aura abouti l'action du juge, puisqu'il ne fait que rendre un jugement pour ainsi dire préalable à la délation du serment; qu'il ne décide point la cause, et que sa mission se réduit en définitive à donner acte de la prestation ou du refus du serment? On oublie, quand on fait cette objection, que la mission du juge n'est pas autre ni différente lorsque le serment est déféré par conclusions principales. Qu'importe donc qu'il soit déféré par conclusions subsidiaires? N'est-ce

donc rien ensuite que d'avoir, par le rejet des conclusions principales, préparé et justifié la délation du serment? La cause n'est-elle pas décidée par la prestation ou le refus du serment, autrement que si elle l'était par un jugement ordinaire, puisque la décision a toute la force d'une transaction volontaire et irrévocable?

Et, à ce propos de transaction, dont toute délation de serment contient la proposition conditionnelle, nous demandons comment il pourrait y avoir dans une instance, tant que la cause n'est pas souverainement jugée, un moment où les parties seraient forcloses du droit de transiger. Remarquons même que si le serment déféré par conclusions subsidiaires devient nécessairement supplétif, le juge n'en aura pas moins le droit de l'admettre ou de le rejeter, quoique celui à qui il est déféré se déclare prêt à jurer; c'est-à-dire que les parties n'auront même plus la faculté de faire une transaction, et qu'elles pourront en être empêchées par le juge. Une pareille conséquence, qui n'est que la confiscation de la liberté de contracter, dans ce qu'elle a même de plus utile et de meilleur, répugne trop à la raison pour que le principe qui lui sert de base puisse être accepté.

L'opinion que nous combattons tend, dans ses résultats pratiques, soit à obliger une partie à renoncer aux premiers et principaux moyens qui doivent naturellement venir en premier ordre, soit à la priver de la ressource extrême du serment, à laquelle elle ne recourt qu'en désespoir, à défaut ou après épuisement de toutes les autres raisons de décider. Quand j'ai, à l'appui de ma demande ou de mon exception, à faire apprécier d'abord un titre prétendu, un commencement de preuve par écrit, une offre de preuve testimoniale, des présomptions que je crois graves, précises et concordantes, comment m'astreindrait-on, sous peine de ne pouvoir déférer ensuite un serment litis-décisoire, dans toute la force de sa délation ordinaire, à ne pas faire valoir ces premiers moyens, dont l'admission, s'ils sont accueillis, me dispense de recourir à une délation de serment qui, de sa nature, ne peut être que sub-

sidiaire? L'article 1360 ne m'assure-t-il pas le droit de le déférer en tout état de cause? Et même après le rejet des chefs principaux de conclusions, la cause n'est-elle pas encore, tant qu'elle n'est pas souverainement jugée, dans un état d'indécision qui fait place au serment décisoire? Car jusque-là, il n'y a de jugé que les moyens présentés dans les conclusions principales; mais on ne peut dire que la cause soit décidée.

Il nous semble donc que c'est dénaturer le véritable caractère du serment déféré par conclusions subsidiaires, que de le convertir en simple serment supplétif, ou d'autoriser le juge à en déterminer le caractère d'après l'appréciation des circonstances. Suivant nous, il ne laisse pas de rester litis-décisoire dans toute l'énergie de l'expression (1).

7. Cette tendance de la jurisprudence contre laquelle nous nous élevons s'explique, mais sans se justifier, par cette considération, que le plus souvent le serment déféré par conclusions subsidiaires a un caractère malicieux et vexatoire. Mais ce n'est pas une raison pour n'en faire qu'un serment supplétif, comme si le juge n'avait pas d'autre moyen pour déjouer l'esprit de malice et de vexation. Il peut en effet, ainsi que nous l'établirons plus loin, rejeter alors le serment, en ayant soin de déclarer qu'il se fonde sur ce que la délation en a été faite malicieusement et vexatoirement.

8. Quoi qu'il en soit, il nous semble qu'on ne saurait raisonnablement contester que le serment conserve son caractère décisoire lorsque les conclusions subsidiaires par lesquelles il est déféré sur le fond même de la demande ou de l'exception, ne viennent qu'après des conclusions principales qui se réfèrent seulement à un défaut de qualité ou à toute autre fin de non recevoir. Après le rejet de ces premiers moyens de défense, la délation du serment se présente tout naturellement

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 617. — Marcadé, art. 1360, n° 3. — Nîmes, 24 mars 1852. Sirey, 52, 2, 328.

comme moyen de décision sur le fond même du débat, sans que le juge puisse se dispenser de l'admettre.

Il en est encore de même lorsqu'une partie se borne à déférer le serment décisoire en instance d'appel, après avoir présenté en première instance, mais sans les reproduire par des conclusions principales, tous les moyens qu'elle a jugés propres à justifier sa demande ou son exception (1).

9. Le serment ne laisserait pas enfin d'être véritablement décisoire, si la partie qui le défère finissait par abandonner ses conclusions principales, par déclarer y renoncer, même après les avoir soutenues, soit en première instance, soit en instance d'appel. Il est alors vrai de dire que le serment est déféré d'une manière principale, puisqu'il y a abandon des conclusions précédentes, qui sont dès lors réputées non avenues.

Cette distinction semble, au surplus, s'être introduite dans la pratique. Mais sa nécessité même fournit un argument de plus contre l'opinion que nous combattons. Car on ne voit pas comment le serment déféré par conclusions subsidiaires pourrait devenir simplement supplétif, quand c'est le juge qui rejette les premiers et principaux moyens de défense, et conserver son caractère décisoire, quand c'est la partie elle-même qui déclare les abandonner. Rejet ou abandon, qu'importe de quelle manière ils sont écartés? Ne reste-t-il pas toujours la délation du serment comme moyen suprême de décision?

10. Si l'ordre des conclusions, principales ou subsidiaires, par lesquelles le serment est déféré, doit, suivant nous, être sans influence sur son caractère décisoire, il en est autrement de la qualité du fait qui en forme le sujet, sous le rapport des conséquences juridiques qu'on en peut tirer. Il est, en effet, de l'essence du serment décisoire de faire dépendre de sa prestation ou de son refus la décision de la cause. Or, il arrive fréquemment, surtout lorsqu'il s'agit d'un simple serment de

(1) ZACHARIÆ, *ibid.*

crédulité, que le serment soi-disant décisoire n'est déféré qu'en vue de se procurer la constatation d'un fait dont l'existence reconnue doit, non pas entraîner la décision de la contestation, mais seulement fournir un document, un élément propre à faciliter ou à préparer le jugement du procès. Dans ce cas, le juge a, pour admettre ou pour écarter le serment, le même pouvoir d'appréciation que s'il s'agissait d'examiner la force décisive du document qui peut en résulter, s'il était déjà produit (1).

Mais alors, remarquons-le bien, il est indifférent que le serment soit déféré par conclusions principales ou par conclusions subsidiaires, et qu'on lui attribue le caractère de serment décisoire ou supplétif. Le pouvoir dont le juge est investi, pour l'accueillir ou pour le rejeter, tient exclusivement à la nature même du fait, considéré dans ses caractères prétendus décisifs et relevants. C'est à ce seul point de vue que le serment est alors envisagé.

11. En disant que le serment peut être déféré en tout état de cause, l'article 1360 suppose que l'action a été introduite en justice. Cependant, l'article 55, C. pr., dispose que si l'une des parties défère le serment à l'autre, le juge de paix le recevra ou fera mention du refus de le prêter. Le juge de paix ne connaît alors de la demande que comme juge conciliateur, et il n'a pas d'autre juridiction dans l'hypothèse de l'article 55, C. pr. Dès lors, la délation du serment est purement extrajudiciaire, et il suit de là plusieurs conséquences que nous devons indiquer.

Si la partie à laquelle le serment est déféré le prête, le procès est terminé. La prestation du serment vaut conciliation, et la convention qui en résulte, insérée au procès-verbal, a force d'obligation privée (54, C. pr.).

Si telle est la nature du fait sur lequel le serment est déféré en conciliation, que le serment prêté ne produit pas immédiatement une transaction parfaite et définitive, qu'il fournit seu-

(1) Cass., 9 nov. 1846. Sirey, 47, 1, 45.

lement les éléments de la décision que le juge ordinaire doit rendre, il est alors statué par la juridiction contentieuse, au vu du procès-verbal qui constate la prestation du serment, et sur les moyens de solution qui en résultent. Cette hypothèse semble même être plus particulièrement celle prévue par l'article 55, C. pr.

Si la partie à laquelle le serment a été déféré refuse de le prêter, elle ne doit pas pour cela succomber dans sa demande ou dans son exception. Son refus de serment équivaut à un simple refus de conciliation (1). Le juge de paix doit donc se borner à renvoyer les parties devant le juge compétent, sans que ce dernier puisse, sur la seule mention du refus de prêter serment, condamner la partie à laquelle il avait été déféré (2).

Si la partie qui l'a déféré devant le juge de paix persiste à le provoquer devant le tribunal, celle qui l'a refusé en conciliation peut alors le prêter (3); et l'on rentre sous l'application des règles relatives au serment judiciaire.

Mais la partie qui a déféré le serment devant le juge de paix peut ne plus le provoquer devant le tribunal, et son adversaire qui l'a refusé au bureau de conciliation prétendrait vainement qu'il est prêt à l'accepter. Tels sont les effets de cette délation (4).

12. L'article 55, C. pr., ne dit pas que le serment puisse être référé devant le juge de paix. Mais cette faculté est de droit; car il n'y a rien de plus naturel que de renvoyer à son adversaire la proposition de serment qu'il a faite. Le juge de paix devra donc recevoir le serment référé ou faire mention du refus de le prêter. Alors les choses se passent pour cette relation de

(1) Cass., 17 juill. 1810. SIREY, 10, 1, 327. — Douai, 5 janv. 1854. SIREY, 54, 2, 125.

(2) *Contrà*, DURANTON, T. 13, n° 569.

(3) BONNIER, n° 303.

(4) TOULLIER, T. 10, n° 363. — CARRÉ, *Quest.* 239. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 609, nte 3. — BONCENNE, T. 2, pag. 43, 481. — FAVARD, Rép., v° *Conciliation*, § 5, n° 12.

serment, comme elles se seraient passées pour sa délation, s'il n'eût pas été référé.

Le débat reste donc entier pour être porté devant la juridiction compétente, nonobstant toute délation ou relation de serment faite au bureau de conciliation. Le refus de le prêter est sans aucune influence sur la décision de la cause au fond, sauf les arguments en fait qui peuvent en être tirés contre celui qui a refusé de jurer. Seulement encore, si le serment était de nouveau déféré en justice, dans les mêmes termes, et que le juge reconnût qu'il est régulièrement provoqué, la partie qui a refusé de le prêter au bureau de paix pourrait être condamnée, alors même qu'elle gagnerait son procès, aux dépens de l'instance, comme étant le résultat de sa contumace et de sa mauvaise volonté (1).

Nous croyons néanmoins devoir apporter une exception. En effet, si la partie qui a refusé de prêter serment au bureau de paix justifiait de l'intérêt qu'elle avait à obtenir de la juridiction ordinaire un jugement de condamnation emportant une hypothèque judiciaire et les autres garanties qui sont attachées aux décisions de la justice, au lieu d'une simple transaction de conciliation qui ne vaut que comme obligation privée, dans ce cas, elle ne devrait pas, en gagnant son procès, être condamnée aux dépens de l'instance. Du moins le juge ne pourrait s'autoriser, pour l'y condamner, de son seul refus de serment au bureau de conciliation. La condamnation aux dépens ou leur distribution reste alors soumise aux règles ordinaires.

13. On voit combien le serment déféré au bureau de paix, et que nous appellerons conciliatoire, diffère, quant à ses caractères et à ses effets, du serment décisoire déféré en justice par l'une ou l'autre des parties. Il diffère plus encore du serment supplétif déféré d'office par le juge.

Le juge saisi comme conciliateur ne peut, en effet, déférer aucun serment aux parties citées devant lui en essai de con-

(1) Zachariæ, *ibid.*

ciliation. Si elles comparaissent par mandataires, il ne peut ordonner leur comparution personnelle. Il a tout au plus la faculté, sur les observations des mandataires comparants et de leur consentement mutuel, de renvoyer l'essai de conciliation à un autre jour, pour que les mandants eux-mêmes, s'ils veulent comparaître en personne, soient à même de se déférer le serment sur les points litigieux (1).

14. Si le serment décisoire peut être déféré devant la juridiction civile, commerciale et arbitrale, il en est autrement devant la juridiction administrative. C'est ce qu'a décidé formellement le conseil d'État (2).

Dans l'espèce, il s'agissait d'une indemnité pour expropriation qu'un propriétaire réclamait contre une compagnie concessionnaire d'un chemin de fer, et qu'il prétendait avoir été fixée, par le directeur de cette compagnie, à la somme de..., suivant une promesse verbale. Le conseil d'État décida que le serment déféré par le demandeur était irrecevable, par le motif que « les articles 1358 et suivants, C. Nap., relatifs au serment décisoire, ne s'appliquent qu'aux contestations portées devant les tribunaux, qu'aucune disposition légale n'en a étendu les effets à la juridiction administrative, et que des motifs d'ordre public s'opposent à ce qu'un tel serment soit déféré devant cette juridiction. »

15. Le serment décisoire ne saurait non plus trouver place devant la juridiction criminelle. Nous n'entendons point parler, sans doute, du serment que l'accusé devait prêter avant d'être interrogé, d'après les dispositions de l'article 7, titre 14, de l'ordonnance de 1670, dispositions que M. le premier président de Lamoignon combattit par des raisons aussi puissantes qu'élevées dans l'intérêt de l'humanité et de la justice (3). Nous parlons seulement du serment que la partie civile et le

(1) BONCENNE, T. 2, pag. 43.
(2) 29 nov. 1851. SIREY, 52, 2, 151.
(3) *Procès-verbal*, pag. 153 et suiv.

prévenu ou accusé entendraient se déférer ou référer l'un à l'autre, par rapport aux intérêts civils résultant du délit. Ils peuvent, sans doute, en faire l'objet d'une transaction; mais il y a loin de cette faculté de transiger à celle de provoquer un serment litis-décisoire devant la juridiction criminelle.

Comme l'action civile est alors portée, par voie de jonction à l'action publique, devant la juridiction répressive, et que ces deux actions, au moins sous le rapport de la preuve du fait, sont intimement liées l'une à l'autre, il serait contraire aux principes de notre droit pénal que le prévenu ou accusé pût, par forme de délation de serment, être constitué ou constituer son adversaire juge de sa propre cause. Il n'est pas possible qu'on le place ainsi, même de son consentement, entre le parjure ou l'homicide de soi-même.

Mais si la partie lésée portait séparément son action devant la juridiction civile, rien ne s'opposerait alors à ce que le serment décisoire fût déféré, comme dans toute contestation ordinaire, pour en faire dépendre la condamnation ou l'acquittement du défendeur (1).

Article 1361.

Celui auquel le serment est déféré qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception.

Sommaire.

1. Effets du refus de serment.
2. Le serment peut être référé.
3. Il ne peut plus l'être de nouveau.
4. *Quid*, quand le serment est déféré ou référé à plusieurs parties en cause.
5. En quoi consiste une relation proprement dite de serment.
6. Le juge ne peut se dispenser d'admettre le serment,
7. A moins qu'il n'ait été provoqué par esprit de malice et de vexation.
8. En quoi le juge conserve ses droits de juridiction contentieuse.

(1) Voy. 1367, nº 16.

COMMENTAIRE.

1. Il n'y a pas de milieu : celui auquel le serment est déféré qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, doit succomber dans sa demande ou dans son exception (1361) (1). Je vous demande le payement d'une somme de mille francs, que je soutiens vous avoir prêtée. En l'absence de toute preuve, je vous défère le serment sur l'existence du prêt que j'articule. Jurez ou référez-moi le serment ; sinon, vous devez être irrémissiblement condamné.

Quand le serment a été régulièrement déféré, le refus de le prêter ou de le référer fait tenir pour judiciairement avéré le fait qui forme le sujet de la contestation. Il contient, de la part, de celui auquel le serment est déféré, adhésion, consentement, aveu, reconnaissance, quant à l'existence du fait sur lequel il est provoqué. Par cela qu'une partie n'ose prendre sur elle de contredire par serment les allégations de son adversaire, ni de l'interpeller lui-même sous la même forme sur la réalité et la sincérité de ses assertions, elle est censée les reconnaître comme légitimes et dûment vérifiées. C'est évidemment, dit la loi romaine, une honte et un aveu que de ne vouloir ni jurer, ni référer le serment; *manifestæ turpitudinis est et confessionis nolle nec jurare, nec jusjurandum referre* (2). Celui auquel le serment est déféré, constitué juge dans sa propre cause, se condamne lui-même, en ne voulant point, comme il en a le droit et le moyen, condamner son adversaire.

Le jugement qu'il porte contre lui a même un caractère particulier ; en effet, à la différence des jugements ordinaires, il a toute la force et l'autorité d'une convention privée, d'une transaction définitive et irrévocable. A ce titre, il tient lieu de loi entre les parties, comme ferait un véritable contrat.

Il importe peu, au surplus, que celui à qui le serment est déféré puisse ou non le référer à son adversaire. Il suffit qu'il

(1) L. 34, §§ 6 et 7, *ff. De jurejur.*
(2) L. 38, *ff. De jurejur.*

refuse de le prêter, soit qu'il ne veuille pas ou qu'il ne puisse pas le référer lui-même.

2. Lorsque la partie à laquelle le serment est déféré craint, en le prêtant, d'engager sa conscience, elle peut le référer à son adversaire. Cette relation du serment n'est pas, à coup sûr, le meilleur moyen de gagner son procès; mais elle est un acte de délicatesse et d'honnêteté qui honore celui qui l'emploie. Demandeur ou défendeur, je vous défère le serment : Jurez que je ne vous ai pas prêté telle somme, que je ne vous l'ai pas payée, que vous ne m'en avez pas fait la remise. Vous pouvez, si vous ne voulez pas prêter ce serment, par scrupule de conscience, me répliquer par forme de relation de serment : Jurez vous-même que vous m'avez prêté la somme en question, que vous l'avez payée, que je vous en ai fait la remise. La relation du serment porte ainsi sur le même fait que sa délation directe; seulement, le fait y est pris d'une manière inverse.

Si l'adversaire à qui le serment a été référé le refuse, il doit succomber lui-même dans sa demande ou dans son exception (1361). Son refus de jurer équivaut, de sa part, à un aveu, à une reconnaissance de la vérité et de la réalité du fait sur lequel il a été provoqué, par une contre-interpellation, à s'expliquer sous serment. La contestation se trouve par là irrévocablement décidée.

3. Mais les parties ne peuvent pas se renvoyer indéfiniment le serment de l'une à l'autre; celle qui l'a déféré en premier lieu et à laquelle il a été référé, ne peut plus le redéférer à son tour à la partie adverse (1361). Elle doit exécuter la loi qu'elle a proposée, et trouver bon que son adversaire, la prenant en quelque sorte au mot, ait le droit de lui dire : Eh bien, jurez vous-même.

4. Lorsque le serment a été déféré ou référé à plusieurs parties en cause, et que l'une d'elles refuse de le prêter, ce

refus de serment n'est opposable qu'à elle seule, et les autres sont toujours recevables à prêter le serment (1).

Réciproquement, le serment prêté par l'une d'elles ne profiterait qu'à elle seule, sans que les autres fussent par là relevées de leur refus de serment.

5. Il n'y a de relation proprement dite du serment que lorsqu'il est référé à la partie qui le provoque dans les mêmes termes où il a été déféré par elle, ou plutôt lorsqu'il porte sur le fait précisément inverse à celui sur lequel il a été déféré. Ce n'est pas que celui à qui le serment a été déféré ne puisse lui-même déférer un serment à l'autre partie, en même temps qu'il lui réfère le premier serment déféré. Mais il faut distinguer avec soin si le second serment qu'il provoque de la part de son adversaire n'est que la relation du premier, ou au contraire la délation d'un nouveau serment. Si, en effet, il ne s'agit que de la relation du premier serment, celui à qui il est référé est tenu de le prêter ou de le refuser dans les termes où il lui est imposé, sans qu'il puisse à son tour le redéférer à son adversaire. Mais s'il s'agit d'un nouveau serment déféré, la partie qui est interpellée peut le référer à l'autre.

Tout ceci va mieux s'expliquer par quelques exemples. Je vous poursuis, sans preuve, en payement d'une somme de cinq cents francs que je soutiens vous avoir prêtée, et je vous défère le serment sur l'existence du prêt. Vous pouvez me le référer, sans que je puisse à mon tour vous en renvoyer la délation. Je jure donc que je vous ai prêté cette somme, si vous me référez le serment ; ou bien, vous refusez vous-même de jurer, si vous ne me l'avez pas référé.

Voilà l'existence du prêt judiciairement avérée ; il peut se faire, cependant, que tout ne soit pas encore terminé. Ainsi, vous prétendez que je vous ai fait remise de cette somme, ou que vous l'avez payée, et vous me déférez le serment sur ce point. Ce nouveau serment, portant sur un fait différent de celui

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 619. — Colmar, 5 mai 1819. SIREY, 20, 2, 213.

sur lequel le premier serment avait été provoqué, ne peut pas être considéré comme n'étant que la relation de celui-ci. C'est un autre serment principal déféré pour la première fois que je suis en droit de vous référer.

Toutes les fois donc qu'un serment est provoqué par une partie envers l'autre sur un fait autre que celui sur lequel un premier serment a été déféré, ce nouveau serment n'est point la simple relation du premier, alors que, sans contredire le fait compris dans celui-ci, et dont l'existence est au contraire présupposée ou acceptée, il a seulement pour objet d'en modifier, détruire ou neutraliser les conséquences juridiques.

Il en est ainsi notamment lorsque la partie à qui le serment est déféré, se borne, sans toutefois le référer à son adversaire, à lui déférer, pour sa défense, le serment de crédulité, par exemple, à lui demander, sous serment, s'il n'est pas à sa connaissance que son auteur a fait remise ou a reçu le payement de la somme qu'il réclame. Ce serment de crédulité ou d'opinion est un nouveau serment qui peut être référé. Car, bien qu'il ait pour objet de modifier ou de neutraliser les conséquences du premier, il ne comprend pas un fait précisément inversé à celui sur lequel celui-ci a été déféré.

On voit par ces explications qu'autant de serments peuvent être successivement déférés et référés, qu'il y a de causes particulières et différentes de demandes ou d'exceptions. Chaque partie du débat peut ainsi fournir, dans son développement, l'occasion de diverses délations, relations et contre-délations de serment, jusqu'à complet épuisement du point litigieux.

6. Dans tout cela, quelle est la mission du juge? En disposant que le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, l'article 1358 indique assez clairement que cette faculté n'appartient qu'aux parties, et non au juge. Ce principe ressort plus nettement encore des dispositions de l'article 1357, qui, définissant le serment décisoire et le serment supplétif, fonde la différence qui les distingue sur ce que l'un est déféré par la partie et l'autre d'office par le

juge. D'ailleurs, comme la délation du serment décisoire est une proposition de transaction conditionnelle, il est de son essence même qu'elle ne puisse, comme toute proposition de contrat, émaner que de l'une des parties; et il en est de même de la relation du serment.

Alors donc que le serment a été régulièrement déféré ou référé, le juge ne peut se dispenser de l'admettre (1). Sa mission se borne à donner acte de sa prestation ou de son refus, et à déclarer, en conséquence, par forme de jugement, que telle partie succombe ou triomphe dans sa demande ou dans son exception. Toutefois, la transaction, quelle qu'elle soit, qui est ainsi intervenue entre les parties, doit être constatée par le juge dans les termes ordinaires de toute décision prononcée en justice. Mais, disons-le encore, le serment étant prêté, il n'a qu'à se demander si le serment a été prêté, sans qu'il ait à s'occuper autrement du fond de la demande ou de l'exception; *dato jurejurando non aliud quæritur quàm an juratum sit, remissâ quæstione an debeatur* (2). Sa mission est la même en cas de refus de serment.

7. Cependant, si le serment n'avait été évidemment déféré que par esprit de malice et de vexation, la délation devrait en être rejetée sur ce seul motif. Il convient d'appliquer alors ce principe d'équité, *malitiis non est indulgendum;* point d'indulgence pour la malice. Car, lorsque la loi accorde une faculté légale, c'est uniquement à la condition qu'on n'en abusera pas méchamment. Par l'abus qu'elle en fait, la partie perd le droit d'en user légalement (3).

C'était pour obvier à cet inconvénient que le droit romain exigeait autrefois de la partie qui déférait le serment un ser-

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 618.—BONCENNE, T. 2, pag. 494.—BONNIER, n° 302. — MARCADÉ, art. 1360, n° 2. — *Contrà*, Cass., 23 avril 1829. SIREY, 29, 1, 366. — Bordeaux, 19 janv. 1830. SIREY, 30, 2, 165.

(2) L. 5, § 2, *ff. De jurejur.*

(3) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 618. — Limoges 10 mai 1815. SIREY, 16, 2, 73.

ment particulier, *juramentum de calomniâ*. Elle devait préalablement jurer qu'elle déférait le serment à son adversaire, de bonne foi, dans le seul but de défendre légitimement ses droits, et sans aucune intention de le vexer par malice (1). Ce serment n'existe pas dans notre droit français; mais le juge n'en a pas moins le droit d'examiner si le serment n'a pas été déféré par esprit de méchanceté et de vexation.

8. En cas de délation ou de relation de serment, le juge ne conserve ainsi pleinement ses droits de juridiction contentieuse que pour apprécier si le serment a été régulièrement déféré ou référé, ou s'il n'a pas été provoqué malicieusement. A cet égard, il reste investi de ses pouvoirs ordinaires comme juge, et sa mission ne commence à avoir un caractère passif que lorsqu'il s'agit de donner acte de la prestation ou du refus du serment. Mais si quelques difficultés s'élèvent quant à l'interprétation de ses termes et l'appréciation de ses conséquences juridiques, le juge ressaisit alors les pouvoirs inhérents à toute juridiction contentieuse.

Article 1362.

Le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré.

Sommaire.

1. Le serment ne peut être référé que sur un fait personnel.
2. On peut répliquer par la délation d'un serment de crédulité.
3. Observation sur la capacité des parties pour référer le serment.

COMMENTAIRE.

1. Notre article applique ici au cas où le serment est référé, le principe que le serment ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère. Le serment ne peut donc être référé quand le fait qui en est l'objet

(1) Voy. C. tit. *De jurejur. propt. calumn. dando.*

n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré (1362). Il n'y a, conséquemment, que les faits communs aux deux parties qui puissent être l'objet d'une relation de serment.

Cette distinction établit entre les parties une certaine inégalité de condition, qui avait fait douter à certains docteurs que celui auquel le serment était déféré fût obligé de l'accepter dans le cas où il ne pouvait pas le référer lui-même (1). Le doute à cet égard n'est plus possible maintenant.

2. Si les faits sont communs à la partie à laquelle le serment a été déféré et à l'auteur de la partie qui le défère, la première pourra répliquer à celle-ci, non pas en lui référant le serment, mais en lui déférant un serment de crédulité sur la connaissance qu'elle peut avoir des faits en question.

3. La loi ne s'occupe ici que de la qualité du fait, et le juge n'a, en général, à s'occuper que de cela. Car, du moment qu'on admet l'hypothèse d'une délation de serment, on suppose toute capacité personnelle suffisante, et de la part de celui qui le défère, et de la part de celui auquel il est déféré.

Cependant, s'il s'agit d'une personne qui représente un incapable, tel qu'un mineur ou un interdit, et qu'elle ait été régulièrement habilitée pour déférer le serment au nom du représenté, le serment ne pourra lui être référé, quoique le fait qui en forme le sujet soit commun avec elle, si elle n'a eu ellemême qualité pour répondre à cette relation de serment. Pour que le serment puisse être référé à une personne, il ne suffit pas en effet qu'elle soit elle-même capable de le déférer ; elle doit être capable de le prêter personnellement.

D'autre part, nous avons vu que le serment de crédulité pouvait être déféré aux tuteurs, dans le cas spécial des articles 2275, C. Nap., et 189, C. comm. Comme ils peuvent, en refusant de le prêter, engager leurs pupilles, nous pensons que, si le serment leur est déféré, ils ont le droit, au lieu d'y ré-

(1) Voy. POTHIER, *Oblig.*, n° 821.

pondre, de le référer à l'autre partie sur la réalité même de la dette. Car, la condition des pupilles n'est point détériorée par cette relation du serment.

ARTICLE 1363.

Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté.

Sommaire.

1. Il convient de déférer le serment en des termes très simples.
2. En cas de contestation, il appartient aux juges de fixer les termes de sa délation.
3. La partie à laquelle le serment est imposé doit le prêter dans ses termes, sauf explications accessoires de sa part. Indivisibilité.
4. Le serment prêté rend la transaction définitive.
5. On n'est pas recevable à en prouver la fausseté.
6. Celui qui a refusé de jurer ne peut non plus établir la vérité du fait.
7. La transaction ne peut être attaquée ni directement ni directement,
8. Quelque décisifs que soient les moyens de preuve. Exemple du premier président de Harlai.
9. A moins qu'il n'y ait dol et fraude.
10. Mode de recours dans ce cas.

COMMENTAIRE.

1. On ne saurait déférer le serment litis-décisoire en des termes trop simples et trop précis. Outre qu'il importe de fixer nettement le point du débat, il convient d'empêcher autant que possible toutes cavillations, toutes réticences, toutes obscurités, à l'aide desquelles un adversaire acculé à sa conscience cherche encore, en se débattant contre elle, à éluder le serment qui lui est imposé. Plus les termes en seront simples et catégoriques, plus la décision elle-même sera nette et assurée.

La partie à laquelle un serment est déféré ou référé doit, en effet, le prêter ou le refuser dans les termes mêmes où il lui est proposé. L'autre partie a, ainsi que le juge, le droit de l'y ramener sans cesse, afin qu'elle jure ou refuse de jurer sur le fait précis sur lequel elle est interpellée sous la foi du serment.

La transaction dont la délation du serment contient la proposition conditionnelle, ne peut même se former d'aucune autre manière, puisqu'il n'y aurait point, si le serment était prêté dans des termes différents de ceux de sa délation, consentement sur la même chose, *in idem placitum consensus*. La condition essentielle à l'existence de tout contrat viendrait alors à manquer.

2. Si un débat s'engage sur les termes dans lesquels le serment doit être provoqué, il appartient au juge de statuer sur cette difficulté préliminaire, sans que, toutefois, son pouvoir s'étende jusqu'à déférer comme litis-décisoire le serment sur un fait autre que celui sur lequel la partie qui le défère entend que le serment soit proposé. La mission du juge doit alors se borner à préciser le fait, à en écarter toutes les circonstances oiseuses et inutiles, pour ne retenir que celles qui sont de nature à exercer sur la décision du procès quelque influence juridique.

3. Les termes du serment étant nettement posés, si la partie à laquelle il a été déféré persiste à les changer, à les modifier dans l'affirmation qu'elle est provoquée à donner en justice, les juges peuvent considérer, suivant les circonstances, cette manière de répondre, ou plutôt de ne pas répondre, comme un refus de prêter serment.

Ce n'est pas, cependant, qu'elle ne puisse, en faisant le serment ou en le référant, joindre à sa déclaration quelques explications pour mieux préciser dans ses détails et dans sa portée ce qu'elle affirme, conteste ou reconnaît. Je vous défère le serment sur le point de savoir, si je ne vous ai pas prêté mille francs; vous reconnaissez le fait, mais en ajoutant que je vous en ai fait la remise, ou que vous m'avez remboursé. Cette explication tend, sans contredire le fait principal du prêt, à en neutraliser les conséquences juridiques. La prestation du serment se résume alors dans un aveu qualifié, et il convient de lui appliquer le principe de l'indivisibilité de tout aveu (1).

(1) Toullier, t. 10, n° 396. — Bonnier, n° 340.

De même, lorsque le serment porte sur plusieurs points connexes, celui auquel il a été déféré peut le prêter sur un article, et ne pas s'expliquer catégoriquement ou ne le prêter qu'avec réserves sur un autre. Dans ce cas, les juges ont le droit de considérer un pareil serment comme incomplet, et de lui refuser tout caractère décisoire. Alors il est annulé dans tout son ensemble, à raison de la contradiction qui existe entre ses diverses parties (1).

Mais si la partie à laquelle le serment est déféré se borne à répondre qu'elle ne sait pas, qu'elle ne se souvient pas, une pareille réponse ne saurait être considérée, du moins en général, comme un refus de le prêter, quelque soit même le doute qui s'élève sur sa sincérité. Elle équivaut, au contraire, à une prestation formelle, et le serment est censé prêté, puisqu'elle a pour résultat de ne fournir à l'adversaire aucune preuve concernant le fait qui sert de fondement à sa demande ou à son exception (2), et qu'elle emporte virtuellement dénégation du fait de la déclaration duquel il faisait, en déférant le serment décisoire, dépendre le succès de ses prétentions. Or, il suffit que ce fait ne soit point reconnu par celui qui a prêté serment, pour qu'il obtienne gain de cause. Toute autre interprétation placerait le défendeur auquel le serment a été déféré dans l'alternative, ou de perdre son procès par un refus, ou de le gagner par un parjure, sans qu'il pût s'y soustraire par sa bonne foi; tandis qu'il ne doit être condamné que si, en prêtant le serment, il a reconnu l'existence du fait servant de base à la demande ou à l'exception de son adversaire (3).

Cependant, s'il résultait des circonstances de la cause la preuve manifeste que cette réponse : je ne sais pas, je l'ignore, je ne me rappelle pas, je ne puis répondre, n'est qu'un faux fuyant employé pour ne pas répondre du tout, et se dispenser de prêter serment, les juges pourraient la considérer avec rai-

(1) Cass., 8 mars 1852. Sirey, 52, 1, 393.
(2) Besançon, 1er fév. 1856. Sirey, 56, 2, 95.
(3) Voy. 1358, no 8.

son comme constituant un véritable refus. Tel serait le cas où il s'agirait d'un fait personnel d'interposition frauduleuse.

Mais si cette réponse émane du demandeur auquel le serment a été référé, elle est censée équivaloir à un refus de serment. Car, étant tenu, en cette qualité, de justifier sa demande ou son exception, il ne satisfait pas à la charge de la preuve, du moment qu'il n'affirme point, comme il le doit, le fait qui sert de base à ses prétentions.

Nous devons enfin observer qu'il ne faut point confondre le refus de serment avec l'annulation du serment prétendu prêté. Si le premier tranche décisoirement le débat, la dernière au contraire laissant en l'état le litige, fait seulement considérer comme non avenues la délation et la prestation du serment.

4. Lorsque le serment déféré a été régulièrement prêté, la transaction dont sa délation contenait la proposition conditionnelle se trouve définitivement et irrévocablement arrêtée. La prestation du serment n'est, en effet, autre chose que l'accomplissement de la condition sous laquelle la partie qui l'a déféré avait déclaré se désister de sa demande ou renoncer à son exception.

S'il s'agit d'un serment référé, et que ce serment ait été prêté, sa prestation rend également la transaction qui avait été conditionnellement proposée définitive et irrévocable. Mais elle produit des effets inverses ; car elle fait réputer accomplie la condition sous laquelle celui qui a référé le serment a déclaré acquiescer à la demande de son adversaire ou adhérer à son exception.

5. Nous l'avons déjà dit : par la prestation du serment comme par son refus, il se forme entre les parties un contrat qui tient lieu de loi entre elles. Ils emportent, tantôt obligation, tantôt libération ; car le serment vaut payement ou remise de la dette ; *jusjurandum etiam loco solutionis cedit* (1), *est enim hoc acceptilationi simile* (2). Il produit enfin les mêmes effets que la

(1) L. 27, *ff. De jurejur.*
(2) L. 40, *ff. De jurejur.*

chose jugée, *jusjurandum vicem rei judicatæ obtinet* (1); il a même une plus grande autorité qu'elle, *majorem habet autoritatem quàm res judicata* (2).

Il s'ensuit que, lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté (1363). Comme ce n'est pas la vérité du serment qui l'oblige, mais bien la convention même qu'il a formée, la fausseté prouvée du serment ne saurait avoir pour conséquence de le délier de ses engagements. D'ailleurs, le fait qui servait de fondement à la demande ou à l'exception se trouve désormais établi par une présomption absolue *juris et de jure*, à l'égard de laquelle aucune preuve contraire n'est recevable (3). En un mot, le serment prêté est une exception qui n'admet point la réplique du parjure (4).

6. De même que l'adversaire ne peut attaquer la transaction qui s'est formée par la délation et la prestation du serment, en offrant d'en prouver la fausseté, de même aussi, en cas de refus de serment, celui qui l'a refusé ne saurait être admis à établir la vérité du fait sur lequel, néanmoins, il n'a pas voulu jurer. La fausseté du fait dans un cas et sa vérité dans l'autre ne sont désormais d'aucune considération. L'offre de preuve en est irrecevable, comme étant irrelevante.

7. La transaction résultant du serment ne peut pas plus être attaquée indirectement que directement. Vainement la partie qui l'a déféré ou référé prétendrait se soustraire aux conséquences de sa prestation contre elle, en prenant une voie indirecte et détournée ; par exemple, en intervenant sur la poursuite criminelle pour faux serment, afin de demander des dommages et intérêts contre le parjure (5), ou en s'inscrivant

(1) L. 1, *ff. Quar. rer. act. non datur.*

(2) L. 2, *ff. De jurejur.*

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 822.

(4) L. 15, *ff. De except.* — L. 1, C. *De reb. cred. et de jurejur.*

(5) Locré, t. 30, pag. 490. — Toullier, t. 10, n° 389. — Zachariæ, t. 5, pag. 620. — Bonnier, n° 312. — Marcadé, art. 1364, n° 3. — Cass., 7 juill. 1843. Sirey, 44, 1, 36. — *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 600.

plus tard en faux contre l'acte authentique sur la teneur duquel le serment avait été déféré (1). Ce serait remettre en question ce qui a été l'objet d'une transaction définitive et irrévocable.

8. Quelque incontestables et décisifs que soient les moyens de preuve invoqués par une partie pour établir la fausseté du fait sur lequel le serment a été prêté, ils ne sont en aucun cas admissibles de sa part. Cette preuve est irrecevable, bien qu'elle résulte d'actes postérieurs à la prestation du serment. L'aveu même le plus formel qui serait émané plus tard de celui qui a juré qu'il a fait un faux serment, n'autorise point son adversaire à revenir contre le jugement, et à se faire restituer contre ses effets.

Il en est de même de tous actes antérieurs à la prestation du serment desquels il résulte la preuve du parjure. Sur la délation ou relation du serment décisoire, vous jurez, par exemple, que vous ne me devez rien, ou que je ne me suis pas libéré. Je retrouve votre billet ou votre quittance. Je ne pourrai me fonder sur l'existence de ces pièces écrites pour attaquer la transaction, en établissant que vous avez juré sur un fait faux. Je dois m'imputer, soit d'avoir négligé mes moyens de défense, soit de m'en être imprudemment rapporté à votre conscience.

Voici un fait qu'il est bon de rappeler : Dans les conférences sur l'ordonnance de 1670 (2), M. le premier président Lamoignon exposa que « la tradition du Palais apprenait qu'en une audience où le premier président de Harlai présidait, une partie ayant la preuve par écrit d'un fait avancé, ne laissa pas d'obliger la partie adverse à prêter le serment en pleine audience ; sur quoi l'autre le convainquit aussitôt de parjure, en faisant lecture de la pièce. M. le premier président de Harlai se tourna contre celui qui, sans besoin, avait induit son adversaire à un parjure si public, et le reprit très sévèrement ;

(1) ZACHARIÆ, *ibid.* — Colmar, 25 avril 1827. SIREY, 28, 2, 176.
(2) *Procès-verbal*, pag. 156.

après cela, ayant été aux opinions, il le condamna plus rigoureusement encore que celui qui s'était parjuré. »

Je ne pourrai de même me faire relever des conséquences de mon refus de serment, en rapportant la preuve que, néanmoins, le fait sur lequel j'ai refusé de jurer était vrai, et que les allégations de mon adversaire étaient complètement fausses. Tel est le cas où le serment m'ayant été déféré ou référé sur le point de savoir si j'ai acquitté ma dette, je retrouve la quittance, après avoir refusé de le prêter. Je ne puis désormais exciper de ce titre.

9. La partie contre laquelle le jugement a été rendu en conséquence de la prestation ou du refus du serment, peut cependant le faire rétracter dans certains cas.

Ces cas sont ceux où il a été commis, à son égard, des actes de violence; où il a été pratiqué envers elle des manœuvres de fraude et de dol; où, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait de son adversaire (1). La transaction qui résulte du serment peut, en effet, être attaquée pour les mêmes causes de rescision que toute autre transaction ordinaire, puisqu'elle a son principe dans une convention privée. Or, les faits de dol, de violence et de fraude sont des causes de rescision qui s'appliquent à toute espèce de contrats.

Le jugement pourra donc être rétracté, et la partie restituée contre ses conséquences, si elle prouve que ce n'est que par des manœuvres de cette nature, pratiquées par son adversaire, qu'elle a été contrainte ou déterminée à lui déférer le serment, soit à refuser de le prêter elle-même.

10. Quant au mode de recours à exercer contre le jugement, ce sera la voie de l'appel, s'il n'est pas rendu en dernier ressort et que la partie soit encore dans les délais de l'appel,

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 825. — TOULLIER, T. 10, n° 390. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 621. — DURANTON, T. 13, n° 601. — FAVARD, Rép., v° *Serment*, sect. 3, § 1, n° 20. — BONNIER, n° 304.

soit la voie de la requête civile, s'il est dernier ressort ou que les délais de l'appel soient expirés (1).

La rétractation du jugement, prononcée sur l'un ou l'autre de ces recours, a pour effet de remettre les parties au même et semblable état qu'avant toute délation, relation, prestation ou refus de serment, sans préjudice des arguments de fait et de droit qui résultent, en faveur de l'une des parties, des faits de dol, de violence, de fraude et de rétention de pièces décisives de la part de son adversaire.

Que si le serment était seulement déféré, référé, prêté ou refusé, sans que le jugement eût été encore rendu, le juge saisi de la contestation devrait lui-même, sur de nouvelles conclusions des parties, rétracter tout ce qui aurait été déjà fait, et les remettre au même et semblable état qu'auparavant. Pourquoi, en effet, s'empresser dans ce cas de rendre un jugement qui doit être immédiatement l'objet d'un appel ou d'une requête civile? Ne vaut-il pas mieux, tant que, sous ce rapport, les choses sont entières, prévenir ces moyens de recours? Quelle fin de non recevoir pourrait-on enfin opposer aux nouvelles conclusions prises par la partie, puisque les faits sur lesquels elles se fondent sont une nouvelle cause de demande, et qu'ils vicient de nullité la convention que la justice est appelée à vérifier?

Article 1364.

La partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.

Sommaire.

1. Comment se forme le contrat résultant de la délation du serment.
2. Jusqu'à quand la partie qui le défère ou le réfère peut-elle se rétracter.
3. Si la partie qui s'est rétractée peut déférer de nouveau le serment.
4. La rétractation peut être expresse ou tacite.
5. Effets de la rétractation du serment déféré ou référé.

(1) Toullier, Duranton, *ibid.*

6. Il n'est pas nécessaire d'en donner acte. *Quid*, s'il y a dol et fraude.
7. Quand le serment est-il censé refusé ou prêté. Incapacité. Mort.
8. S'il n'est ni refusé ni prêté, les parties sont remises au même et semblable état qu'auparavant.

COMMENTAIRE.

1. C'est toujours à l'idée d'une proposition de transaction conditionnelle qu'il faut en revenir pour apprécier sainement les effets légaux d'une délation ou relation de serment. Je vous défère ou réfère le serment litis-décisoire ; c'est, de ma part, une offre ou proposition qui est le premier terme du contrat. Elle le commence, l'ébauche ; mais il faut que votre acceptation intervienne pour que le contrat soit formé. La prestation ou le refus du serment doit réaliser ensuite la condition sous laquelle la transaction a été convenue.

Il nous suffit, à ce point de vue, de renvoyer aux principes généraux qui régissent la formation des contrats ordinaires. Ils reçoivent ici pleinement leur application, quant aux évènements et circonstances qui ajournent, empêchent ou achèvent la formation définitive de la convention résultant de la délation ou relation du serment litis-décisoire.

2. L'article 1364 ne fait qu'en tirer les conséquences quand il dispose que la partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter, lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.

Elle peut seulement le dispenser de jurer, et tenir le serment pour prêté (1).

Mais elle a toute faculté de rétractation tant qu'il n'a pas accepté le serment qui lui est déféré ou référé, sans que les juges puissent contrarier l'exercice de sa part d'un droit qui lui est tout personnel. Peu importe même qu'un jugement ait donné acte de la délation du serment et fixé un jour pour sa prestation, s'il n'est en même temps constaté que la partie adverse a déclaré être disposée à le prêter (2).

(1) L. 6, l. 9, *ff. De jurejur.* — L. 1, C. *De reb. cred. et jurejur.*
(2) Paris, 25 mars 1854. Sirey, 55, 2, 142.

3. Quand une fois la partie qui a déféré le serment s'est rétractée, elle ne peut plus le déférer de nouveau. La loi romaine (1) en avait une disposition formelle : « *Satis enim absurdum est redire ad hoc cui renunciandum putavit, et cum desperavit aliam probationem, tunc denuò ad religionem convolare, et judices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes* : Il est assez absurde de revenir à un moyen auquel on a cru devoir renoncer, et, après avoir désespéré de tout autre genre de preuve, de recourir enfin au serment ; les juges ne doivent donc nullement écouter ceux qui ont recours à de pareilles iniquités. »

Il est vrai que le Code n'a point reproduit cette disposition, et qu'il n'interdit pas formellement au juge de repousser toute nouvelle délation de serment de la part de la partie qui se serait rétractée une première fois. Cependant, comme sa rétractation équivaut à une renonciation qui n'a rien de contraire aux lois ni à l'ordre public, celui auquel le serment est de nouveau déféré peut, suivant nous, se prévaloir de cette renonciation pour se dispenser de répondre à la délation du serment. N'y a-t-il pas d'ailleurs dans ces retours de volonté contradictoire quelque chose qui répugne au caractère austère et grave d'un pareil moyen de décision (2) ?

Mais si la partie à laquelle le serment est de nouveau déféré, après une première rétractation, déclare qu'elle est disposée à le faire, les juges ne sauraient interposer leur autorité pour rejeter d'office cette nouvelle délation du serment. C'est que, après tout, il s'agit d'une propositiou de transaction, dont la consommation, comme celle de tout autre contrat, est un acte de la volonté seule des parties.

Si la partie qui a déféré le serment ne s'était d'abord rétractée que pour mieux en préciser et expliquer les termes, rien ne s'opposerait alors à une seconde délation du serment. A

(1) L. 11, C. *De reb. cred. et jurejur.*

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 822. — DURANTON, t. 13, n° 597. — *Contrà*, TOULLIER, t. 10, n° 367. — CARRÉ et CHAUVEAU, *Quest.* 508.

plus forte raison, le second serment serait-il régulièrement déféré, après rétractation, s'il l'était dans des termes différents. Car on ne peut pas dire que la rétractation s'y applique.

4. La rétractation peut être expresse ou tacite. Ainsi, elle résulte tacitement de l'appel interjeté par la partie qui a déféré ou référé le serment, avant que l'autre partie ait déclaré l'accepter et être prête à jurer (1).

Si elle a lieu contradictoirement à l'audience, il n'est pas nécessaire que le juge en donne acte. Mais si elle est faite hors de l'audience, par déclaration extrajudiciaire, elle doit être notifiée à la partie à laquelle le serment avait été déféré (2).

5. Quand la rétractation émane de celui qui a déféré le serment, toute délation de serment s'évanouit, sauf à l'autre partie à déférer elle-même le serment décisoire. Mais alors il s'agit d'une véritable délation du serment, et non de sa relation.

Si la partie qui a référé le serment se rétracte, la délation du serment subsistant, elle n'a qu'à jurer elle-même. Elle en reprend le droit par sa rétractation.

6. La loi n'exige point que le juge donne acte de l'acceptation du serment, pour que celui qui l'a déféré ou référé ne puisse plus se rétracter (3). Il suffit qu'elle soit connue de ce dernier, pour que la convention qui en résulte soit légalement formée entre les parties.

Cependant, dans le cas même où celui à qui le serment a été déféré ou référé aurait déclaré l'accepter et être prêt à le faire, l'autre partie pourrait encore se rétracter, en établissant qu'elle a été contrainte ou déterminée à lui déférer ou référer le serment par violence, dol ou fraude.

Mais, hors ce cas, il n'y a plus de rétractation possible, et de même que la partie qui a déféré ou référé le serment ne peut

(1) Montpellier, 22 avril 1833. Dalloz, 33, 2, 240.
(2) Duranton, t. 13, nº 597.
(3) Merlin, Rép., vº *Serment*, § 2, art. 2, nº 2.

plus se rétracter, celle qui a accepté le serment qui lui a été déféré, et a déclaré être prête à le faire, ne peut plus se rétracter pour le référer à l'autre partie, si cette dernière n'y consent. Elles sont liées réciproquement par un contrat irrévocable.

7. Nous devons examiner ici quand et comment le serment litis-décisoire est réputé prêté ou refusé ; car ces deux points se tiennent. Mais avant tout une observation : c'est que le refus et la prestation du serment, ne faisant que réaliser la condition sous laquelle l'une ou l'autre des parties succombe ou triomphe dans sa demande ou dans son exception, il n'est jamais besoin d'en demander ni d'en obtenir acte. La condition est réputée accomplie *ipso facto*. Ainsi, celui qui a refusé le serment ne peut plus se raviser, de même qu'il ne pourrait faire considérer comme non avenu le serment prêté, sous le prétexte qu'il n'en a pas été donné acte par le juge.

Cette première observation faite, nous nous plaçons dans une double hypothèse : La personne à laquelle le serment a été déféré ou référé continue de vivre et d'être capable de le prêter, ou bien, au contraire, elle meurt ou devient incapable.

Dans le premier cas, la prestation réelle du serment peut seule réaliser la condition qui ne saurait se suppléer autrement. Il faut donc de toute nécessité que le serment soit prêté.

Réciproquement, le serment n'est censé refusé que lorsque celui auquel il a été déféré ou référé, ayant été constitué en demeure, ne l'a pas prêté, alors qu'il le pouvait, dans les délais fixés. Ici plusieurs hypothèses se présentent : Si le jugement ordonne simplement le serment, celui qui l'a déféré ou référé n'a qu'à faire signifier la décision et à mettre son adversaire en demeure de prêter ou de refuser le serment, dans les délais qu'il lui impartit. S'il n'est pas répondu à cette sommation, alors le juge peut, suivant les circonstances, considérer comme constituant un véritable refus de serment la contumace de celui auquel il a été déféré ou référé, sauf à ce dernier à se faire relever des conséquences du jugement par la voie de l'op-

position ou de l'appel, en expliquant son silence et son retard par des causes légitimes. Il peut, en conséquence, être encore admis, par suite de la rétractation du jugement, à prêter serment en instance d'appel, ou même devant les premiers juges.

Que si le jugement qui a ordonné le serment, ou un second jugement rendu sur la mise en demeure, a fixé pour sa prestation un délai de rigueur, passé lequel il devait expressément être considéré comme refusé, alors il convient de s'en tenir aux termes rigoureux de la décision, sans que celui auquel le serment a été déféré ou référé puisse s'y soustraire, à moins qu'il n'établisse quelque cas fortuit ou de force majeure qui le relève de la déchéance encourue.

Que si avant toute prestation réelle ou tout refus de serment, il vient à être frappé de mort ou d'incapacité, le serment ne peut, en aucun cas, être considéré comme prêté ou comme refusé. Quant au refus, on est d'accord pour reconnaître qu'il n'y en a pas par ce seul fait.

Mais quant à la prestation, on a prétendu qu'on pouvait en induire l'équivalent de certaines circonstances; qu'ainsi on pouvait considérer le serment comme réellement prêté, quoique la mort ou tout autre événement de force majeure ait empêché de le prêter, lorsque celui auquel il avait été déféré ou référé avait déclaré, sans avoir été mis depuis en demeure, l'accepter et être disposé à le prêter (1), et à plus forte raison, lorsque c'était son adversaire qui l'avait empêché de le faire par des appels, des requêtes civiles ou des subterfuges de chicane (2). Cette opinion ne nous paraît pas exacte de tous points.

La prestation de serment est, en effet, la condition expresse de la transaction dont sa délation contient la proposition conditionnelle. Or, toute condition doit être accomplie dans sa forme spécifique, *in formâ specificâ*. On ne saurait donc raison-

(1) LAPEYRÈRE, lettre S, pag. 413. — BONCENNE, T. 2, pag. 514. — TOULLIER, T. 10, n° 385. — Douai, 26 mai 1814. SIREY, 15, 2, 234. — Aix, 13 août 1829. SIREY, 29, 2, 286.

(2) TOULLIER, *ibid.*

nablement douter que celui qui a déféré ou référé le serment n'ait entendu et voulu qu'il fût réellement prêté. Car, en déférant ou en référant le serment, il a par cela même déclaré de la manière la plus incontestable qu'il n'entendait renoncer à sa demande ou à son exception, ou adhérer à la demande ou à l'exception de son adversaire, que tout autant que le serment serait réellement prêté. On ne peut donc le considérer comme fait, par cela seul que celui auquel il a été déféré ou référé l'avait formellement accepté, avait déclaré être prêt à jurer, et qu'il est décédé ou est devenu incapable sans avoir été mis en demeure de le prêter, et sans être conséquemment réputé l'avoir refusé. En un mot, sa bonne volonté, si manifeste qu'elle soit, ne saurait tenir lieu du fait de la prestation réelle du serment. Car ces déclarations et dispositions de celui auquel le serment a été imposé ne sont qu'un équivalent; or, en fait de condition, un simple équivalent est inadmissible. Puis, il ne faut pas perdre de vue que cette fiction enlèverait à l'autre partie les garanties de la solennité du serment en justice, l'invocation de la divinité, l'imprécation du parjure, le remords encore possible de celui qui va jurer, dans un instant suprême, sous le regard du public, de la justice et de Dieu même (1).

Mais si, outre l'acceptation du serment de la part de celui auquel il a été déféré ou référé, il est établi qu'il n'a pas dépendu de lui de le prêter; que la non prestation de ce serment ne vient ni de sa faute, ni de son retard; que, au contraire, il a été empêché de le faire par le fait même de son adversaire, qui en a constamment éludé la prestation par des moyens de chicane et des procédures de mauvaise foi; dans ce cas, nous ne voyons aucune raison, même spécieuse, de s'écarter des principes généraux du droit. Or, la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement (1178). Le serment, qui n'est que la condition de la transaction proposée, doit donc

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 619. — CARRE, *Quest.* 511. — MARCADÉ, art. 1364, n° 2.

être de même réputé prêté, lorsque c'est la partie adverse qui en a empêché la prestation. Ce mode de réparation est le plus juste et le plus équitable. Mais nous insistons sur ce point : c'est qu'il doit être bien établi que la prestation du serment a été empêchée par le fait de l'adversaire.

8. Lorsque le serment, sa prestation étant d'ailleurs devenue désormais impossible, n'est censé ni refusé ni prêté, les parties sont remises au même et semblable état que s'il n'avait jamais été déféré ou référé. Sa délation, sa relation, le jugement qui l'ordonne, tout cela est réputé non avenu, sauf à la partie qui l'avait déféré ou référé à déférer le serment crédulité aux héritiers du défunt.

Article 1365.

Le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayants-cause ou contre eux. — Néanmoins, le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier ; — le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions ; — celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs ; — et celui déféré à la caution profite au débiteur principal. — Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal, que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement.

Sommaire.

1. Le serment ne forme preuve que pour ou contre la partie.
2. De même du refus de serment.
3. Droits des tiers en fraude desquels le serment a été provoqué ou refusé.
4. Observation sur ces mots, ne forme preuve.
5. Si la prestation ou le refus de serment peuvent être invoqués par les tiers comme formant un commencement de preuve écrite.
6. Quels sont ici les tiers.

7. Exceptions posées par l'article 1365. Cautionnement. Solidarité.
8. Suite. Cas divers non résolus par notre article. Indivisibilité. Solidarité. Refus de serment.
9. Le serment n'a d'effet que pour la chose qui en a fait le sujet.

COMMENTAIRE.

1. Telle est la conséquence de la nature transactionnelle et du caractère contractuel de toute délation ou relation de serment, que le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayants-cause ou contre eux (1365). En un mot, le serment prêté ne nuit ou ne profite qu'à celui qui l'a déféré ou référé, à ses héritiers ou ayants-cause. Quant aux tiers, c'est, à leur égard, chose étrangère, *res inter alios acta*, qui ne peut être opposée ni par eux ni contre eux; *jusjurandum alteri nec nocet nec prodest* (1).

2. Le refus du serment produit les mêmes effets. Il ne profite qu'à la partie qui a déféré ou référé le serment, à ses héritiers et ayants-cause. De même, il ne peut être opposé qu'à la partie qui a refusé le serment, à ses héritiers et ayants-cause.

3. Ces effets de la prestation ou du refus de serment ont lieu sans préjudice du droit qu'ont les créanciers de la partie qui a provoqué ou refusé le serment, d'établir qu'elle ne l'a provoqué ou refusé qu'en fraude de leurs droits. Ainsi, ils peuvent, sans avoir égard au serment du débiteur de leur débiteur, saisir-arrêter ce que celui-là doit à celui-ci, et, en établissant tout à la fois l'existence de la dette et de la fraude, faire condamner le tiers saisi à les payer en cette qualité (2).

4. Remarquons les termes de notre article : le serment fait ne forme preuve... C'est que le serment, soit qu'il ait été prêté ou refusé, en même temps qu'il a pour objet de décharger celui qui le défère de l'obligation de prouver le fait sur lequel il

(1) L. 3, § 3, ff. De jurejur.
(2) L. 9, § 5, ff. De jurejur. — POTHIER, Oblig., n° 821.

entend fonder sa demande ou son exception, a pour résultat d'établir, dans un sens ou dans un autre, une preuve juridique quant à l'existence du fait qui forme le sujet de la contestation. C'est même à ce titre de preuve que sa prestation ou son refus emportent l'admission ou le rejet de la demande ou de l'exception.

5. Bien qu'ils ne nuisent ou ne profitent qu'aux parties, à leurs héritiers ou ayants-cause, rien ne s'oppose, cependant, à ce que des tiers puissent les invoquer comme établissant en leur faveur un commencement de preuve par écrit. Je vous défère le serment sur la question de savoir si mon père ne vous a pas prêté deux mille francs, dont je vous demande la moitié. Votre refus de serment peut être considéré comme formant, en faveur de mon cohéritier, un commencement de preuve écrite. Il en serait de même, si vous aviez juré que mon père vous avait prêté seulement mille francs, mais quant à cette somme.

D'ailleurs, le refus ou la prestation du serment n'auront, à l'égard des tiers, dans les cas où ils peuvent leur profiter, d'autre effet utile que de leur procurer un commencement de preuve, sans qu'ils puissent entraîner, par rapport à eux, la décision de la cause. Ils ne produisent envers eux aucun des effets décisoires qui leur sont essentiels; et c'est en ce sens surtout que le serment prêté ou refusé ne peut ni leur nuire ni leur profiter.

6. Il faut considérer ici comme tiers non seulement les personnes qui sont restées étrangères à l'instance, mais encore celles qui, en vertu d'un droit propre et particulier, y ont figuré, soit comme demanderesses, soit comme défenderesses. Le serment prêté ou refusé par les autres parties ne leur est pas opposable, comme moyen de décision, en ce qui les concerne.

Les héritiers du créancier ou du débiteur, les débiteurs ou créanciers simplement conjoints feront donc valoir leurs droits,

abstraction faite de tout serment qui aurait été prêté ou refusé par leurs consorts, dans la même instance ou dans une instance séparée.

Peu importe qu'il s'agisse du serment décisoire ordinaire, ou du serment de crédulité provoqué dans les hypothèses des articles 2275, C. Nap., et 189, C. comm. La prestation ou le refus de serment de la part des veuves, héritiers et tuteurs, ne profitent et ne préjudicient qu'à eux seuls ou à ceux qu'ils représentent.

7. Telle est la règle générale; voici maintenant les exceptions.

Le serment déféré (ou référé) au débiteur principal libère également les cautions (1365) (1); et nous ajoutons, indistinctement dans tous les cas, à moins qu'il n'ait été déféré ou référé sur l'existence d'une exception personnelle au débiteur principal, telle que la minorité. Il ne profiterait pas alors à la caution.

Le serment déféré (ou référé) à l'un des codébiteurs solidaires profite au codébiteur; et celui déféré (ou référé) à la caution profite au débiteur principal (1365). Car il équivaut à payement, *nam jusjurandum loco solutionis cedit* (2), et emporte, en conséquence, extinction de la dette.

Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal, que lorsqu'il a été déféré (ou référé) sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement (1365) (3). Dans cette dernière hypothèse, il ne profite, en effet, qu'au prétendu codébiteur solidaire ou à la prétendue caution, qui se trouvent seuls déchargés de la solidarité ou du cautionnement.

Mais le serment déféré (ou référé) par l'un des créanciers

(1) L. 28, § 1, *ff. De jurejur.*
(2) L. 27, *ff. De jurejur.*
(3) L. 28, § 1; l. 42, § 1, *ff. De jurejur.*

solidaires au débiteur, ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier (1365) (1).

8. Notre article se borne à ces dispositions, qui supposent que la partie à laquelle le serment a été déféré ou référé l'a prêté. Mais plusieurs autres cas qui ne sont pas expressément prévus méritent d'être examinés.

Réciproquement, le refus de serment de la part de l'un des créanciers solidaires ne profite au débiteur que pour la part de ce créancier, sans nuire aux autres.

Mais si le débiteur refuse de prêter le serment provoqué par l'un des créanciers solidaires, ce refus de serment profite à tous les autres créanciers (2). C'est que chaque créancier solidaire, s'il n'a pas mandat pour compromettre par son fait les droits personnels de ses consorts, est censé avoir, du moins, mandat pour faire leur condition meilleure.

Le serment prêté par l'un des créanciers solidaires, sur la délation ou relation du débiteur, profite de même aux autres créanciers, et par les mêmes raisons.

Lorsque l'un des codébiteurs solidaires a refusé de prêter le serment qui lui a été déféré ou référé par le créancier, ce refus de serment n'est opposable qu'à lui seul, et ne préjudicie point aux autres codébiteurs. Chaque codébiteur solidaire représente, en effet, ses consorts, mais seulement en tant qu'il s'agit de faire leur condition meilleure. Il ne saurait donc détériorer, par ses faits personnels, la position des autres, dont les droits demeurent intacts. Or, l'espèce de transaction qui résulte du refus de serment émané de l'un des codébiteurs, a pour principe son fait personnel. Elle ne peut, conséquemment, nuire qu'à lui, et le jugement qui la consacre, ayant sa cause dans un engagement purement contractuel et volontaire, n'a l'autorité de la chose jugée qu'envers la partie qui, par son refus de serment, a fourni contre elle un moyen de décision.

Cette solution, qui tient à la nature du mandat particulier

(1) Voy. 1198, n° 10.
(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 619.

compris dans la solidarité, va devenir d'une vérité plus sensible. Supposez que le serment ait été déféré ou référé par le créancier, simultanément et dans la même instance, à plusieurs des parties coobligées envers lui, sur le fait même de la dette, et que quelques-unes d'entre elles aient refusé le serment, tandis que les autres l'ont prêté ; dans ce cas, de même que la prestation du serment de la part des unes ne peut profiter aux autres qui ont refusé de jurer, de même le refus du serment de la part de celles-ci ne peut nuire aux premières qui ont juré (1).

Nous ne disons cela que des codébiteurs solidaires. Quant au cautionnement, comme il ne peut exister sans une obligation principale, dont il est l'accessoire, le refus de serment de la part de la caution ne l'empêcherait pas d'être libérée au moyen du serment prêté par le principal obligé.

Si l'un des codébiteurs solidaires a déféré ou référé le serment au créancier, le serment prêté par ce dernier ne peut nuire aux autres codébiteurs (2). Il en est de ce cas, et par les mêmes raisons, comme du cas où l'un des codébiteurs a refusé de jurer.

Lorsque le débiteur principal a refusé de jurer, ou qu'il a déféré ou référé le serment au créancier, son refus de serment ou la prestation de serment de la part de celui-ci ne saurait préjudicier à la caution. Car le mandat qu'il tient de cette dernière implicitement pour la représenter dans tout ce qui concerne le fait de la dette, ne va pas jusqu'à lui donner le droit de détériorer sa condition par ses actes personnels (3).

Et il en est de même quant aux cofidéjusseurs. Si le serment prêté par l'un d'eux libère les autres et le débiteur principal, *vice versâ*, le serment refusé par l'un d'eux ou prêté par le créancier ne préjudicie ni au débiteur principal, ni aux autres cofidéjusseurs.

(1) DURANTON, T. 13, n° 605.
(2) DURANTON, *ibid.*
(3) DURANTON, T. 13, n° 604.—*Contrà*, TROPLONG, *Cautionn.*, n° 513. — PONSOT, *Cautionn.*, n° 560.

Le serment déféré ou référé par la caution au créancier, ou le serment refusé par elle, ne nuit pas à l'obligé principal. Elle n'a en effet, encore moins que lui, aucun mandat tacite pour rendre par son fait sa condition pire (1).

Enfin, si le serment a été déféré ou référé par le débiteur principal, par la caution ou par l'un des coobligés solidaires, le refus de serment de la part du créancier profite à la caution, au débiteur principal ou aux autres codébiteurs, dans les mêmes cas où le serment prêté leur profite, lorsque c'est à eux qu'il a été déféré ou référé.

Quant aux obligations indivisibles, comme l'un des créanciers ne peut faire remise que pour sa part (1224), le serment qu'il a déféré ou référé au débiteur ne nuit pas à ses consorts qui peuvent encore agir, sauf déduction de sa part virile.

Son refus de serment produit les mêmes effets, si c'est à lui que le serment a été imposé.

Et, dans ce cas, s'il le prête, il conserve par là les droits de tous, à cause de l'indivisibilité.

Le serment déféré ou référé au créancier par l'un des débiteurs d'une chose indivisible, n'est pas opposable aux autres, sauf comme cause d'interruption de la prescription pour le tout (2).

Si c'est à l'un d'eux que le serment a été déféré ou référé, et qu'il l'ait refusé, ce refus de jurer produit les mêmes effets que la prestation du serment de la part du créancier (3).

Mais le serment prêté par l'un des débiteurs d'une chose indivisible, ou le serment refusé par le créancier, profite à ses consorts, comme s'il s'agissait d'une dette solidaire. C'est que, en effet, des rapports que crée entre les coobligés l'indivisibilité même de la chose due, il résulte un mandat implicite qui autorise chaque codébiteur à faire au moins meilleure la condition des autres. Le serment prêté par lui, comme le serment re-

(1) Duranton, t. 13, n° 604. — Troplong, *Cautionn.*, n° 448. — Ponsot, *Cautionn.*, n° 512.
(2) Voy. 1225, n° 11.
(3) Duranton, t. 13, nos 606 et 607.

fuse par le créancier, libère donc les autres obligés, ainsi que ferait une remise de la dette stipulée sans réserves (1). Ainsi, nous n'admettons pas que le créancier puisse poursuivre les autres, sauf déduction de la part virile de celui qui a juré, ou à l'égard duquel le serment a été refusé, sous le prétexte que, à la différence du cas où l'obligation est solidaire, chaque débiteur ne doit, en réalité, que sa part, et que s'il peut être poursuivi pour le tout, ce n'est que parce que le payement partiel est impossible (2). Nous ne contestons pas la justesse de cet aperçu ; mais comme le serment vaut payement, *loco solutionis cedit*, il nous semble impossible de ne pas l'admettre comme l'équivalent d'un payement intégral, puisque l'obligation, étant supposée indivisible, n'est pas susceptible d'un payement partiel et divisé.

9. Comme transaction, le serment n'a d'effet que par rapport à la chose qui a fait le sujet de la contestation. Et, pour reconnaître cette identité de la chose, il faut appliquer les mêmes règles que lorsqu'il s'agit de la chose jugée (3).

§ II. *Du Serment déféré d'office.*

Article 1366.

Le juge peut déférer à l'une des parties le serment, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation.

Sommaire.

1. Double objet du serment d'office.
2. Origine de son institution.
3. Observations critiques.
4. L'usage du serment supplétif est moins fréquent aujourd'hui qu'autrefois. Sentence rendue à la courte paille.

(1) Voy. 1285, nº 18.
(2) *Contrà*, Duranton, t. 13, nº 607.
(3) Pothier, *Oblig.*, nº 823. — Duranton, t. 13, nº 608. — Toullier, t. 10, nºs 393 et suiv.

COMMENTAIRE.

1. Le juge peut lui-même déférer d'office, de son propre mouvement, le serment à l'une ou à l'autre des parties. Ce serment a un double objet. Le juge le défère, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation. Telles sont les dispositions de l'article 1366.

Ce serment s'appelle supplétif ou supplétoire, parce qu'il a pour objet de fournir au juge un supplément, un complément de preuve pour la décision de la cause, ou pour la détermination du montant de la condamnation.

2. L'usage du serment supplétif nous vient de la jurisprudence romaine. Dans les causes douteuses, dit Gaïus, les juges ont souvent l'habitude de prendre le serment de l'une des parties, et de juger sur les déclarations de celle qui a juré : *Solent enim sæpe judices, in dubiis causis, exacto jurejurando, secundum eum judicare qui juraverit* (1). Et ailleurs, la loi romaine ajoute : Dans les contrats de bonne foi et dans les autres causes également, à défaut de preuve, le juge doit déférer le serment pour décider le procès en connaissance de cause : *In bonæ fidei contractibus, necnon in cæteris causis, inopiâ probationum, per judicem jurejurando, causâ cognitâ, rem decidi oportet* (2). Mais l'usage de ce serment supplétif a été surtout consacré, exagéré même par la jurisprudence canonique. Il est heureusement d'une pratique moins fréquente sous notre législation civile.

3. Considérée dans son principe, l'institution de ce serment ne saurait échapper à de justes critiques. Si, en effet, sa prestation doit entraîner la décision de la cause, le juge, en le déférant, abdique lui-même ses pouvoirs, et, ce qui est plus grave, il les abdique entre les mains de l'une des parties, qu'il constitue juge à sa place. C'est alors surtout qu'il y a iniquité à

(1) L. 31, *ff. De jurejur.*
(2) L. 3, C. *De reb. cred. et jurejur.*

être juge dans sa propre cause : *iniquum est aliquem suæ rei judicem fieri* (1). Que si le juge ne soumet pas, en définitive, ainsi qu'il en conserve le droit, la décision de la cause au serment prêté, pourquoi l'avoir déféré, puisque sa délation aura eu pour conséquence, non seulement d'en constater l'inutilité, mais encore de provoquer, en apparence au moins, un parjure judiciairement reconnu ? Ne valait-il pas mieux éviter ce scandale?

Que les parties, maîtresses de leurs droits et capables d'en disposer, transigent, sous l'autorité de la justice, par forme de serment décisoire; il n'y a là rien qui ne s'explique et ne se justifie par la liberté même des conventions. Mais il n'en est pas ainsi du serment supplétif, que le juge défère d'office à l'une des parties, malgré elle et plus encore malgré son adversaire. Il semble alors que le juge ne conserve ses pouvoirs de juridiction contentieuse que pour les compromettre et en abuser. Au nom de la loi, la justice contredit la loi elle-même. L'article 1341 repousse, en effet, toute preuve testimoniale lorsqu'il s'agit de somme ou valeur excédant cent cinquante francs; les témoignages des personnes les plus honorables et les plus désintéressées sont alors suspects, à ce point qu'ils ne peuvent pas être accueillis; et cependant, par une inconséquence singulière, la loi autorise le serment supplétif comme preuve, c'est-à-dire qu'elle admet le témoignage le plus fait pour n'inspirer aucune confiance, celui de la partie elle-même, appelée en quelque sorte à juger sa propre cause, quelque importante qu'elle soit. La loi veut, il est vrai, que le fait qui forme le sujet de la contestation ne soit pas totalement dénué de preuves; mais pourquoi demander le supplément de preuve dont le défaut emporte, dans le doute, le rejet de la demande ou de l'exception, au témoignage le plus suspect de tous, à celui de la partie qui a trop d'intérêt et pas assez de pudeur ou de bonne foi pour se condamner elle-même (2)?

(1) L. 7, *ff. De judic.*
(2) Voy. BONCENNE, T. 2, pag. 498. — TOULLIER, T. 10, n° 399.

Aussi, les annotateurs de M. Zachariæ (1) disent-ils avec grande raison que le serment supplétif présente un inconvénient bien grave, en ce qu'il donne au juge le pouvoir de transporter, de son autorité privée, la décision du litige du domaine du droit dans celui de la conscience; et nous ajoutons, de quelle conscience!.., puisque les mouvements en sont combattus par les sollicitations de l'intérêt.

4. Félicitons-nous donc que le serment supplétif ait aujourd'hui perdu, plus encore par les mœurs que par les lois, la faveur dont il a joui dans les anciennes habitudes judiciaires. Dans son embarras, le juge allait souvent jusqu'à déférer d'office le serment aux deux parties à la fois, ce qui ne faisait qu'augmenter sa perplexité, et produisait pour le moins un parjure. Telle était la situation inquiétante dans laquelle s'était placé messire Houlyer, conseiller du roi, assesseur pour Sa Majesté au siége royal de Melle, lorsqu'il jugea convenable, pour se tirer d'embarras, de déférer le jugement d'un procès à la Providence divine, de prendre à cet effet d'office, entre ses doigts, deux pailles ou bûchettes, et d'enjoindre aux parties, après tirage au sort de la priorité à tête ou croix, de tirer chacune l'une d'icelles pailles ou bûchettes, ayant préalablement déclaré que celle desdites parties qui tirerait la plus grande des bûchettes gagnerait sa cause. Cette folle sentence est du 24 septembre 1644; on peut la voir rapportée tout au long par M. Boncenne (2). Le sort qui devait juger à la courte paille était au moins désintéressé, et la Providence divine y avait elle même, pour intervenir, un intérêt de justice. Si dans l'épreuve du sort on tente la Providence, dans le serment supplétif on ne tente que l'intérêt personnel.

Mais hâtons-nous d'ajouter que les juges valent mieux aujourd'hui sur ce point que la loi même, et qu'ils corrigent de leur mieux les vices de l'institution du serment supplétif, en en restreignant, autant que possible, l'usage dans la pratique

(1) T. 5, pag. 756, n° 1.
(2) T. 2, pag. 504, en note.

des tribunaux. Peu s'en faut même, tant il est rare, que par le fait il ne soit presque entièrement supprimé. Les juges, en cela, ne font que suivre le conseil de Pothier (1), qui, dans une pratique de plus de quarante ans, n'avait pas vu arriver plus de deux fois qu'une partie ait été retenue, par la religion du serment, de persister dans ce qu'elle avait soutenu. C'est ainsi qu'il s'exprime, et combien d'autres pourraient déclarer que ces deux exemples même leur ont manqué.

Article 1367.

Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes : il faut — 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ; — 2° qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. — Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

Article 1368.

Le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties ne peut être par elle référé à l'autre.

Sommaire.

1. Le serment d'office ne peut être déféré que sous deux conditions.
2. Comment la demande ou l'exception n'est pas complètement justifiée.
3. En quoi consiste le commencement de preuve.
4. La demande on l'exception doit être admise ou rejetée, si elle est prouvée ou dénuée de preuves.
5. Si elle est prouvée, et que néanmoins le juge défère le serment, la partie peut appeler.
6. Conditions de capacité et de qualité personnelles. La partie doit figurer en nom dans l'instance.
7. Le fait doit être relevant.
8. Il doit être personnel à la partie, ou du moins à sa connaissance.

(1) *Oblig.*, n° 831.

9. Il n'y a pas lieu au serment d'office dans le cas des articles 2275, C. Nap., et 189, C. comm.
10. Le serment supplétif peut être déféré en tout état de cause.
11. Les parties peuvent conclure à ce qu'il soit déféré.
12. A laquelle des parties doit-il être déféré? Faculté du juge.
13. Article 17, C. comm., et 1329, C. Nap.
14. N'est pas supplétif le serment déféré dans le cas des articles 1715, 1716, 1781.
15. Peu importe en droit la valeur de la chose en contestation.
16. Le serment supplétif ne peut être déféré devant la juridiction administrative ou criminelle. Observation sur l'action civile séparée.
17. Il n'est qu'un moyen d'instruction, à moins que les parties ne l'aient converti en serment décisoire.
18. Il ne peut être référé.
19. Le jugement qui l'ordonne est interlocutoire.
20. Toute partie peut en appeler, à moins d'acquiescement exprès ou tacite.
21. Pouvoir du juge d'appel.
22. On peut prouver la fausseté du serment supplétif.
23. Le refus de serment laisse la cause en l'état.
24. Quand est-il censé refusé ou prêté. Impossibilité de le prêter. Conséquences.
25. Autorité du jugement rendu comme chose jugée.

COMMENTAIRE.

1. En instituant le serment supplétif, le législateur n'a pas laissé d'en sentir les inconvénients. Aussi a-t-il dû prendre quelques précautions pour les atténuer, en déterminant les conditions sous lesquelles seulement il peut être déféré.

« Le juge, porte l'article 1367, ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes. Il faut 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée; 2° qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. »

Cet article est emprunté presque mot pour mot de Pothier (1), qui résume ainsi les dispositions et l'esprit des lois romaines : « 1° Il faut, dit-il, que la demande ou les exceptions ne soient pas pleinement justifiées; c'est ce qui résulte de ces termes de

(1) *Oblig.*, n° 829.

la loi 3, C. *De reb. cred. inopiâ probationum...;* 2° il faut que la demande ou les exceptions, quoique non pleinement justifiées, ne soient pas néanmoins dénuées de preuve; c'est le sens de ces termes, *in causis dubiis,* dont se sert la loi 31, *ff. De jurejur.* »

2. On comprend assez clairement en quel cas et comment la demande ou l'exception n'est pas pleinement justifiée. Elle l'est, comme dit Pothier (1), lorsqu'elle n'est ni évidemment juste, faute d'une preuve pleine et complète; ni évidemment injuste, à cause du commencement de preuve qui se trouve. Et nous ajoutons que la preuve n'est ni pleine ni complète, toutes les fois que le demandeur à l'appui de sa demande, ou le défendeur à l'appui de son exception, ne rapporte pas une preuve à laquelle la loi a attaché une entière autorité probante. C'est ce qui a lieu notamment lorsque la preuve ne résulte que de témoignages ou de simples présomptions, dont l'appréciation est toujours abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge (2). Ce n'est pas qu'ils soient incapables de former une preuve pleine et entière; mais le juge peut toujours décider, d'après son appréciation personnelle et sans violer la loi, qu'ils ne produisent qu'une preuve incomplète.

Si l'imperfection de la preuve peut résulter de l'insuffisance des indices et documents produits d'un côté, elle peut également résulter du conflit des moyens invoqués de part et d'autre. Au milieu de titres, de témoignages ou de présomptions qui se contrebalancent et se neutralisent, le juge reste dans un état d'incertitude qui ne permet pas à sa conviction de se fixer. Dans ce cas encore, la demande ou l'exception n'est pas pleinement justifiée. Mais il est rare que le juge ne prenne pas sur lui, sans recourir au moyen extrême du serment supplétif, de faire pencher d'un côté ou de l'autre le poids des preuves respectivement rapportées.

(1) *Ibid.*

(2) Toullier, t. 10, n° 406.

3. Quant au commencement de preuve que la loi exige pour que la demande ou l'exception ne soit pas réputée totalement dénuée de preuves, nous devons en apprécier soigneusement le caractère. Une distinction est indispensable.

Le fait sur lequel repose la demande ou l'exception n'est-il susceptible d'être établi qu'au moyen d'une preuve écrite, de telle sorte que la preuve testimoniale toute seule soit inadmissible ; il faut qu'il existe un commencement de preuve par écrit, pour que le fait soit censé n'être pas totalement dénué de preuve, et pour que le juge soit, en conséquence, autorisé à déférer le serment supplétif (1). Ainsi, ce serment ne peut être déféré, à moins qu'il n'existe un commencement de preuve écrite, sur une convention dont l'objet excède la valeur de cent cinquante francs, ni contre et outre le contenu d'un acte, ni sur ce qui serait allégué comme ayant été dit et convenu avant, lors ou depuis.

Il ne peut non plus être provoqué, même lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, si ce commencement de preuve est insuffisant, même avec le concours d'autres présomptions graves, précises et concordantes, ou de témoignages oraux, pour constituer une preuve juridique du fait de la demande ou de l'exception. Tels sont les cas de bail, de transaction où il n'existe pas un titre régulier et parfait.

Que si le fait est susceptible d'être établi par la preuve testimoniale, il suffit qu'il en existe quelque indice, soit qu'il résulte de témoignages ou de simples présomptions, pour que le juge soit autorisé, même en l'absence de tout commencement de preuve par écrit, à déférer le serment supplétif. Mais il doit se montrer d'autant plus sévère dans l'appréciation des moyens de preuve, qu'à cet égard son pouvoir est souverain et que l'exercice en est plein de périls, s'il n'en use avec sagesse et impartialité.

Tels sont les cas où l'article 1341 reçoit exception, et, en gé-

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 756. — Bonnier, n° 324. — Toullier, t. 10, n° 407, et 408. — Duranton, t. 13, n° 617.

néral, tous ceux où le fait qui sert de fondement à la demande ou à l'exception appartient aux matières de commerce (1).

L'article 17, C. comm., d'après lequel le juge peut déférer le serment à l'autre partie, lorsque la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi refuse de les représenter, ne fait que consacrer un principe de droit commun en matière commerciale.

Nous avons vu (2) toutefois que, par exception, le juge pouvait déférer le serment supplétif à la partie dont la demande est appuyée sur des livres de commerce régulièrement tenus, lorsqu'il s'agit de fournitures faites à une personne même non marchande. Au contraire, si la partie ne produisait, à l'appui de ses prétentions, que ses livres et papiers domestiques, et qu'il s'agît d'une somme ou valeur excédant cent cinquante francs, le serment supplétif ne pourrait pas lui être déféré, sa réclamation étant alors absolument dénuée de preuve (3).

4. Si la demande ou l'exception est pleinement justifiée, ou si elle est totalement dénuée de preuve, le juge doit adjuger ou rejeter purement et simplement la demande (1367). Ce dénoûment de toute action en justice est conforme aux règles du droit commun et de la raison.

5. Si le juge, quoique la preuve fût complète, avait déféré le serment pour assurer davantage sa religion, la partie qui rapporte une preuve de cette nature, et à laquelle néanmoins le serment a été déféré, pourrait appeler du jugement. Vainement Pothier (4) dit qu'elle n'en a pas le droit, parce que le jugement ne lui fait pas grief, en exigeant son serment, puisqu'il n'en coûte rien à la partie d'affirmer ce qu'elle sait être vrai. Il n'est pas, en effet, indifférent pour elle de s'ex-

(1) TOULLIER, T. 10, n°s 409 et suiv. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 757. — Cass., 22 janv. 1828. SIREY, 28, 1, 238. — 9 nov. 1831. SIREY, 32, 1, 10.

(2) 1329, n° 12.

(3) DURANTON, T. 13, n°s 620 et 621. — MERLIN, Rép., v° *Serment*, § 2, art. 2, n° 5. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 757.

(4) *Oblig.*, n° 830.

poser à une imputation de parjure, et de se soumettre à une mesure d'instruction qui peut être pour elle une cause d'inquiétudes, d'embarras et de déplacement. Autrement, la loi serait sans sanction, et il y aurait un véritable déni de justice (1).

Mais si le serment avait été déféré au défendeur, bien que sa simple dénégation suffit à sa défense, la demande n'étant pas justifiée, l'autre partie ne serait point admise à s'en plaindre, puisque cette délation de serment est pour elle un surcroît de garanties. Le défendeur, au contraire, pourrait s'en faire un légitime grief.

6. Nous savons bien que le serment supplétif est déféré par le juge à l'une des parties. Mais la loi ne dit pas quelles sont les conditions de capacité et de qualité personnelles que cette partie doit réunir, pour que le serment supplétif puisse lui être légalement imposé. Ces conditions sont, en général, exactement les mêmes que lorsqu'il s'agit du serment décisoire. Nous ne répèterons donc pas ce que nous en avons déjà dit.

Nous rappellerons seulement que la première condition exigée est que la partie figure, en son propre nom, personnellement dans l'instance, et nous remarquerons que si la Cour de cassation (2) a décidé que le serment supplétif avait pu être déféré au mari qui n'était dans l'instance que pour autoriser sa femme, cette décision, qu'il faut bien se garder de généraliser, s'explique par les circonstances particulières et les faits exceptionnels de la cause (3).

Nous observerons encore que, à la différence du serment décisoire, qui contient une proposition de transaction, le serment supplétif peut, comme simple moyen d'instruction, être déféré d'office par le juge à une partie incapable, telle qu'un mineur. La loi romaine en avait une disposition expresse quant au serment *in litem*, qui n'est, ainsi que nous le verrons bien-

(1) Duranton, t. 13, n° 623. — Toullier, t. 10, n° 403.
(2) 10 mai 1812. Sirey, 42, 1, 635.
(3) Zachariæ, t. 5, pag. 757, nte 7.

tôt, qu'une variété du serment supplétif. *Adolescens vero, si velit jurare, potest* (1); le mineur, s'il y consent, peut jurer. On ne voit pas, en effet, comment la déclaration d'un mineur, pourvu qu'il soit doué d'une raison suffisante, ne produirait pas, tout aussi bien que celle d'un majeur, le complément de preuve dont le juge a besoin pour établir sa conviction.

7. Quant au fait susceptible de former le sujet d'un serment supplétif, il doit être relevant, c'est-à-dire être de nature à produire quelque document, quelque présomption, quelque renseignement qui puisse compléter la preuve commencée, et achever la conviction du juge.

Nous disons que le fait doit être relevant, et nous n'ajoutons pas décisif, parce que, à la différence du serment décisoire, le serment supplétif n'entraîne pas tout seul et par lui-même virtuellement la décision de la cause, et que s'il fournit un dernier élément de décision, cet élément se combine avec les autres moyens de preuve déjà recueillis (2).

Les juges ont, du reste, un pouvoir souverain d'appréciation quant au caractère relevant ou non du fait sur lequel il s'agit de déférer le serment d'office. C'est à eux qu'il appartient d'examiner si le fait, en le supposant établi, est de nature à entraîner l'admission de la demande ou de l'exception.

8. Le fait doit enfin être personnel à la partie à laquelle le serment est déféré (3); ou, du moins, s'il peut être déféré sur des faits non personnels, c'est à la condition que la partie en ait personnellement connaissance (4). La Cour de cassation a décidé, il est vrai (5), que l'article 1359 était inapplicable au serment supplétif, et qu'aucune des dispositions le concernant n'exigeait que le fait fût personnel à la partie qui doit jurer;

(1) L. 4, *ff. De in litem jurando.*

(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 758.

(3) TOULLIER, T. 10, n° 420.—FAVARD, Rép., v° *Serment*, sect. 3, § 2, n° 8.

(4) TOULLIER, *ibid.* — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 758.

(5) 8 déc. 1832. SIREY, 33, 1, 113.

que, en conséquence, le serment supplétif pouvait être déféré, par exemple, sur des faits usuraires, au fils et héritier de la personne qui en avait été victime. Mais il faut remarquer que cet arrêt de rejet ne veut pas dire que le fait peut ne pas être à la connaissance de la partie, alors même qu'il ne lui est pas personnel. Il semble, au contraire, que, dans l'espèce, la qualité même de fils et d'héritier impliquait la connaissance du fait, et que la partie, en étant disposée à jurer, déclarait par cela même implicitement qu'elle avait personnellement connaissance du fait, bien qu'il ne lui fût pas personnel. Tel sera même le caractère général de la délation du serment d'office, lorsque la partie déclarera qu'elle est disposée à le prêter. Mais si, au contraire, elle déclare ignorer le fait, alors le serment ne peut lui être déféré; ou, s'il l'a été, sa délation doit être réputée non avenue. Comment pourrait-on admettre qu'une partie fût appelée à rendre son témoignage sur des faits qu'elle ne connaîtrait même pas?

Les juges peuvent donc déférer à la partie le serment de crédulité, sur la connaissance qu'elle a personnellement de tel ou tel fait. Car cette connaissance personnelle peut avoir elle-même pour conséquence juridique de faire admettre ou rejeter la demande ou l'exception. Le serment peut alors être déféré d'office dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions que le serment décisoire (1).

9. Mais il n'appartient pas au juge de déférer le serment supplétif dans les hypothèses des articles 2275, C. Nap., et 189, C. comm. Le serment de crédulité dont il s'agit dans ces articles est véritablement décisoire, et la partie seule qui le provoque a le droit de le déférer à son adversaire (2).

10. Le serment supplétif peut être déféré en tout état de cause, c'est-à-dire tant qu'il n'est pas intervenu de décision ayant l'autorité de la chose jugée.

(1) Zachariæ, *ibid.* — Marcadé, art. 1368, n° 2.
(2) Duranton, t. 13, n° 622. — Toullier, t. 10, n° 421.

11. De ce que l'article 1367 parle, comme l'article 1357, de serment déféré d'office, il ne faut point en conclure que l'une des parties ne puisse, par des conclusions spéciales, provoquer la délation d'un pareil serment. Mais le juge a toujours un pouvoir souverain d'appréciation, soit pour l'ordonner, soit pour le rejeter. Et c'est en ce sens que, quand il est ordonné, il l'est d'office, *ex officio judicis*. Mais il l'est surtout, et c'est là un de ses traits particuliers, en ce qu'il peut être ordonné de l'autorité seule du juge, sans qu'aucune des parties le demande.

Du reste, il importe peu, soit quant aux conditions de sa délation, soit quant à ses effets, qu'il ait été ordonné d'office ou sur la demande des parties.

12. De ce que le juge peut déférer d'office le serment à l'une ou à l'autre des parties (1357), et non à toutes deux à la fois, il s'ensuit que, en général, il peut le déférer par préférence à celle des parties qu'il lui convient de choisir. Ce choix ne saurait cependant être arbitraire, et il doit être dirigé dans son exercice par certaines règles fondées sur la nature et le but même du serment supplétif.

Comme ce serment ne peut être provoqué que dans les cas où la demande ou l'exception n'est pas totalement dénuée de preuves, et que sa délation a précisément pour objet de procurer un renseignement, un document qui complète la preuve jusque-là imparfaite, naturellement il doit être déféré, par préférence, à celle des parties qui a justifié en partie sa demande ou son exception par un commencement de preuve. Car c'est à elle qu'il convient surtout de s'adresser pour obtenir le complément de preuve nécessaire.

Dans le doute, et toutes choses étant égales, c'est à celui qui est défendeur à la demande ou à l'exception qu'il faut déférer le serment; car le demandeur n'ayant pas pleinement établi ses prétentions, le défendeur a, en quelque sorte, en sa faveur un commencement de preuve. Ce serment, ainsi déféré au défendeur, est appelé par les auteurs, serment purgatoire. Aussi, dit-on encore dans la pratique, se purger par serment.

Si chaque partie produit respectivement un commencement de preuve à l'appui de ses prétentions, le serment devra être déféré à celle qui a en sa faveur le commencement de preuve le plus considérable. L'insuffisance de sa preuve étant moindre, elle est mieux à même de la parfaire et de la compléter.

Lorsqu'il s'agit de déférer le serment supplétif, le juge doit surtout consulter le caractère des parties, leurs antécédents, leur condition sociale, leur moralité, toutes les circonstances enfin qui sont le plus propres à marquer le degré de confiance qu'elles méritent. La confiance que chacune d'elles inspire équivalant elle-même à un indice, à une présomption en sa faveur; le serment doit être déféré à celle qui mérite le mieux la confiance du juge (1).

13. Il y a toutefois exception lorsque la loi a pris soin d'indiquer elle-même celle des parties à laquelle le serment doit être préférablement déféré. Par exemple, si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie (17, C. comm.).

Mais s'il s'agit de fournitures faites à un non commerçant, ce n'est pas exclusivement au marchand qui produit des livres régulièrement tenus que le serment doit être déféré. En renvoyant au titre du serment, sans disposition exceptionnelle, l'article 1329 laisse au juge la faculté de déférer, d'après les règles ordinaires, le serment supplétif à l'une ou à l'autre des parties.

14. Quant au serment déféré à la partie qui nie le bail (1715), ou au bailleur sur le prix de la location (1716), ou au maître sur la quotité des gages, le payement du salaire de l'année échue et les à-comptes donnés pour l'année courante (1781), ce serment n'est pas simplement supplétif, mais bien décisoire.

(1) Pothier, *Oblig.*, nos 831 et suiv. — Duranton, t. 13, nos 616 et suiv. — Toullier, t. 10, nos 412 et suiv. — Boncenne, t. 2, pag. 502. — Zachariæ, t. 5, pag. 757. — Bonnier, no 325.

Car c'est la partie qui le défère et non le juge; il peut être référé, et emporte d'ailleurs la décision de la cause.

15. L'importance de la contestation est indifférente en droit. La loi ne fonde aucune distinction sur la valeur plus ou moins considérable de la chose qui fait le sujet du litige. Mais, en fait, le juge doit se montrer plus difficile et plus réservé, quant à la délation du serment d'office, lorsque l'intérêt même du débat invite au parjure, et est trop considérable pour ne pas rendre suspect le serment prêté. L'exception que les auteurs semblent introduire pour les causes d'une grande importance n'a pas, en réalité, une autre signification. Elle est moins une exception légale, rigoureuse, qu'une exception de fait fondée sur la raison et l'expérience, et dont l'application est abandonnée à l'appréciation du juge (1).

Les seules causes où le serment supplétif ne puisse être déféré sont celles qui, n'étant point susceptibles de faire la matière d'une transaction, ne sauraient être décidées régulièrement par l'aveu, la reconnaissance, les déclarations ou l'acquiescement de l'une ou de l'autre des parties. L'ordre public ou les prohibitions de la loi s'opposent alors à la délation du serment supplétif, comme à celle du serment décisoire.

16. Le caractère de la juridiction saisie n'est pas lui-même sans influence sur la question de savoir si le serment supplétif peut ou non être déféré. Il ne peut l'être que devant la juridiction civile, commerciale ou arbitrale. Il ne saurait l'être devant la juridiction administrative ou criminelle. Des considérations d'ordre et d'intérêt public s'opposent à ce qu'il soit déféré devant ces juridictions.

Ainsi, le juge criminel ne peut, en simple police, en police correctionnelle ou en Cour d'assises, lorsqu'il y a partie civile, déférer le serment d'office à l'une ou à l'autre des parties. Il ne peut que renvoyer le défendeur de la demande, si elle n'est pas entièrement justifiée. C'est que l'action civile en dommages

(1) Voy. POTHIER, *Oblig.*, n° 832. — TOULLIER, t. 10, n°s 418 et 419.

et intérêts est alors intimement liée, devant la juridiction répressive, à l'action pénale, et qu'il serait contraire à la raison et à la justice de faire dépendre la condamnation où l'acquittement du prévenu de son serment ou de celui de son adversaire. De pareils éléments d'instruction et de décision répugnent trop à la conscience publique et aux principes les plus simples de notre droit criminel, pour que la juridiction répressive soit autorisée à ordonner le serment supplétif. Elle ne peut s'éclairer que par les moyens d'information qui lui sont propres, et rentrent spécialement dans l'ordre de ses attributions.

Mais si l'action en dommages et intérêts a été portée, séparément de l'action pénale, devant la juridiction civile, bien que le fait qui y donne lieu constitue une contravention, un délit ou un crime, il n'y a alors, en droit strict, rien qui s'oppose à la délation du serment d'office sur l'existence même du fait sur lequel la demande est fondée. Seulement, nous faisons appel aux sentiments de réserve et de discrétion qui doivent diriger le juge dans l'emploi d'un pareil moyen.

D'un autre côté, une fois l'existence du fait légalement avérée, s'il s'agissait uniquement de déférer le serment au demandeur, afin de déterminer le montant de la condamnation, conformément à l'article 1369, la délation de ce serment *in litem* serait alors et à plus forte raison parfaitement régulière.

Nous pensons qu'elle pourrait même avoir lieu devant la juridiction répressive. Car il ne s'agit plus de l'existence du fait, de la culpabilité du prévenu ou accusé, sur lesquelles il a été d'abord statué, mais seulement de la quotité du dommage. Il n'y a, dès lors, aucune des raisons tirées des principes de notre droit criminel, sur lesquelles nous nous sommes fondé, pour repousser la délation du serment d'office ou supplétif.

Dans le même cas enfin, nous ne voyons pas comment et pourquoi on prétendrait interdire à l'une ou à l'autre des parties de se déférer le serment litis-décisoire sur l'existence de faits propres à établir directement ou indirectement, non point le corps du délit sur lequel nous supposons qu'il a été déjà

prononcé, mais seulement la quotité du dommage dont la réparation est demandée. Il ne reste plus dès lors, l'action pénale étant épuisée, qu'à statuer civilement sur les dommages et intérêts, conformément aux principes ordinaires de l'action civile.

17. Comme le serment déféré d'office n'a d'autre objet que de procurer un supplément, un complément de preuve quant à l'existence ou la non existence du fait sur lequel se fonde la demande ou l'exception, ce fait n'étant d'une part ni complètement prouvé, ni d'autre part totalement dénué de preuves, il résulte de la nature et de l'objet de ce serment supplétif qu'il diffère essentiellement du serment litis-décisoire. Sa délation ne renferme aucune idée de transaction; elle n'emporte pas nécessairement la décision de la cause; elle est enfin exclusivement l'œuvre du juge, comme simple moyen d'instruction.

Ce n'est pas, cependant, que les parties ne puissent elles-mêmes convertir, en tout état de cause, le serment d'office en un véritable serment litis-décisoire, alors du moins que, ni dans leur capacité personnelle, ni dans la nature du fait, rien ne s'oppose à cette conversion. Elles n'ont pour cela qu'à se déférer le serment décisoire sur le fait même qui a formé le sujet du serment d'office. Leur volonté se substitue alors à l'autorité du tribunal; au lieu d'un simple moyen d'instruction ordonné par le juge, il y a une proposition de transaction conditionnelle; il y a, en un mot, un serment décisoire à la place d'un serment supplétif.

18. Après avoir déterminé la nature et le caractère du serment déféré d'office, il nous reste à en développer les conséquences.

Le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties ne peut être par elle référé à l'autre (1368). Autrement, comme moyen d'instruction, il ne répondrait plus à la pensée du juge, qui, en le déférant à l'une des parties de préférence à l'autre, est surtout déterminé par le degré de confiance qu'elle lui inspire.

19. Lorsque le juge défère le serment d'office, il rend un véritable jugement interlocutoire. Il s'ensuit qu'il n'est pas lié par son jugement; *judex ab interlocutorio discedere potest.* Il peut le rétracter si, avant que le serment ne soit prêté, l'existence ou la non existence du fait qui fonde la demande ou l'exception, et sur lequel porte le serment, se trouve légalement et pleinement établie par la production ou la découverte d'une nouvelle preuve qui n'avait pas été soumise à son appréciation lors du jugement interlocutoire (1).

20. Toutes parties peuvent également appeler de ce jugement, pourvu qu'il n'y ait pas eu acquiescement de leur part, soit avant, soit après que le serment a été prêté.

Nous avons vu plus haut (2) que le serment déféré par conclusions subsidiaires ne laisse pas, suivant nous, d'être litisdécisoire. D'autre part, c'est un point non contesté en doctrine et jurisprudence, que la partie peut interjeter appel du jugement qui a rejeté ses conclusions principales, bien qu'il ait fait droit de ses conclusions subsidiaires. Celui qui aura déféré le serment par de semblables conclusions sera donc admis à former appel du jugement qui aura repoussé ses conclusions principales, et à les reproduire devant la juridiction supérieure. Mais son appel sera non recevable si son adversaire a déclaré auparavant qu'il était prêt à faire ce serment, et, à plus forte raison, s'il l'a effectivement prêté (3). Car, par cette acceptation ou prestation du serment, faite en suite du rejet des conclusions principales, la proposition de transaction a revêtu un caractère définitif et obligatoire; tandis, au contraire, qu'à défaut de cette acceptation ou prestation du serment, la partie qui l'a déféré, n'étant pas liée, a le droit de se rétracter; et c'est ce qu'elle fait en interjetant appel du jugement qui a re-

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 759. — Bonnier, n° 328. — Cass., 10 déc. 1823. Sirey, 24, 1, 141. — Limoges, 23 mars 1825. Sirey, 26, 2, 191. — Toulouse, 3 juill. 1827. Sirey, 28, 2, 110.

(2) 1360, n° 6.

(3) Nîmes, 24 mars 1852. Sirey, 52, 2, 326.

poussé ses conclusions principales. Il va, du reste, sans dire que si l'on considère comme simplement supplétif le serment déféré par conclusions subsidiaires, la partie qui l'a déféré peut interjeter appel du jugement qui a écarté ses conclusions principales, en admettant la délation du serment, quoique ce serment ait été prêté (1), pourvu, du moins, qu'il n'y ait de sa part aucun acquiescement exprès ou tacite.

La partie qui, sommée d'assister à la prestation du serment supplétif, ne se présente pas (2), ou se retire de l'audience à laquelle il a été ordonné pour y être immédiatement prêté, n'est pas censée acquiescer au jugement (3). En faisant défaut, même sans protestation ni réserves, elle conserve tous ses droits, n'étant point censée y renoncer.

Que si, étant présente à la prononciation du jugement qui l'ordonne, elle assiste à la prestation du serment qui a été fait, sans désemparer, à l'audience même où il a été ordonné, le fait seul de sa présence, sans aucune autre circonstance particulière, nous paraît encore insuffisant pour constituer un acquiescement de sa part, quoiqu'elle n'ait fait ni protestation ni réserves (4).

Elle n'est pas non plus, suivant nous, censée avoir acquiescé, par cela seul qu'ayant été sommée d'assister à la prestation du serment, fait après intervalle, elle y a été présente sans réserves ni protestation (5).

Peu importe, au surplus, la présence de l'avoué, qui ne peut

(1) Cass., 15 mars 1852. Sirey, 52, 1, 324.

(2) Bourges, 12 mai 1841. Sirey, 42, 2, 498. — Grenoble, 18 fév. 1854. Sirey, 55, 2, 751.—*Contrà*, Toullier, t. 10, n° 425.— Zachariæ, t. 5, pag. 759. — Paris, 24 août 1810. Sirey, 14, 2, 238. — Montpellier, 14 nov. 1832. Sirey, 33, 2, 383. — 9 avril 1840. Sirey, 42, 2, 496.

(3) Chauveau et Carré, n° 521.

(4) Toullier, t. 10, n° 425. — Bordeaux, 30 janv. 1833. Sirey, 34, 2, 20. — Limoges, 3 janv. 1844. Sirey, 44, 2, 636. — *Contrà*, Zachariæ, t. 5, pag. 759. — Cass., 8 mai 1819. Sirey, 20, 1, 104. — Bordeaux, 12 janv. 1836. Sirey, 36, 2, 222. — 1er juill. 1845. Sirey, 46, 2, 378.

(5) *Contrà*, Toullier, t. 10, n° 425. — Zachariæ, *ibid.* — Bordeaux, 10 mai 1826. Sirey, 26, 2, 283.

donner aucun acquiescement valable, sans un pouvoir exprès de sa partie (1).

On voit toutefois, par les autorités que nous citons, que la doctrine et la jurisprudence tendent à admettre, au contraire, dans la plupart des cas, comme acquiescement tacite au jugement qui a ordonné le serment supplétif, la présence ou même l'absence de la partie, sans protestation ni réserves, à la prestation du serment. Quant à nous, si l'acquiescement n'emportait pas renonciation, si, lorsqu'il est tacite, il ne devait pas résulter au moins d'un acte qui implique l'abandon du droit, nous pourrions admettre en principe, et avec la même facilité, la pensée d'un acquiescement. Mais il nous semble bien difficile de l'accueillir, lorsque la partie sommée d'assister au serment se borne à faire défaut, ou ne se présente que pour obéir à justice. Ce simple fait d'absence ou d'assistance, sans aucune autre circonstance qui en aggrave la portée, nous paraît donc n'emporter par elle-même aucune fin de non recevoir. Mais nous n'allons pas jusqu'à dire qu'elle ne le puisse jamais. Ce point dépend des circonstances dont l'appréciation est abandonnée au juge ; et c'est ce qui explique, suivant nous, la diversité de la jurisprudence.

Parmi les arrêts qui admettent l'acquiescement tacite, il en est qui s'appuient notamment sur un motif dont nous devons faire remarquer le peu de fondement. Le caractère religieux du serment ne permet pas, disent-ils (2), de remettre en question ce qui a été ainsi affirmé sans opposition. Est-ce à dire qu'on ne peut pas établir la fausseté du serment déféré d'office ? Nous établirons bientôt le contraire. Veut-on dire que le simple défaut d'opposition à la prestation du serment suffit pour emporter acquiescement au jugement qui a ordonné le serment supplétif? Il convient de distinguer : oui, si le défaut d'opposition est, par les circonstances qui l'entourent, l'équivalent

(1) Cass., 21 thermidor an VIII. Sirey, 1, 1, 269. — Bourges, 12 mai 1841. Sirey, 42, 2, 498. — Grenoble, 18 fév. 1854. Sirey, 55, 2, 751.

(2) Montpellier, 9 avril 1840. Sirey, 42, 2, 496. — Bordeaux, 1er juill. 1845. Sirey, 46, 2, 378.

d'un acquiescement; non, si au contraire c'est un acte purement négatif qui ne repose sur aucune pensée de renonciation, et n'entraîne, en conséquence, aucune espèce d'adhésion. Or, ce point est subordonné à l'examen des circonstances. Nous ne saurions, dès lors, poser de solution absolue; et, en signalant l'importance de la rédaction des qualités du jugement sur ce point, nous nous bornons à rappeler que les renonciations, quelles qu'elles soient, ne se présument pas facilement.

21. Sur l'appel du jugement qui a ordonné le serment supplétif, le juge peut rendre sa décision d'après les seuls éléments de preuve qui ont été administrés, ou déférer le serment d'office à celle des parties à laquelle il n'avait pas été déféré en première instance. L'appel ne saurait même avoir, quant au fond de la cause, d'autre objet de la part de l'appelant.

Si le serment a été prêté en première instance avant l'introduction de l'appel, le juge d'appel peut, faisant abstraction du serment prêté, décider la cause sur les moyens de preuve qui ont été nouvellement découverts ou recouvrés, soit même sur les seuls éléments qui ont été produits en première instance, mais qui sont alors, en instance d'appel, autrement appréciés quant à leur force probante.

Il peut également réformer le jugement de première instance, soit que de nouveaux éléments de preuve aient été ou non rapportés devant lui, en déférant le serment supplétif à l'appelant, tandis qu'il avait été déféré à l'intimé par le premier juge (1).

22. Ce droit du juge d'appel est fondé sur ce double principe, que la prestation du serment déféré d'office ne forme par elle-même, à moins qu'à raison de circonstances particulières elle n'emporte acquiescement, aucun obstacle à ce qu'on interjette appel du jugement qui l'a déféré, et que l'appelant peut établir, par tous moyens légaux de preuve, la fausseté du serment déféré d'office par le juge.

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 834.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 759.— DURANTON, T. 13, n° 613. — TOULLIER, T. 10, n°s 424, 426.

En effet, le serment supplétif n'étant qu'un simple moyen d'instruction qui ne lie même pas le juge qui l'a déféré, la partie contre laquelle il a été prêté ne saurait être liée davantage par sa prestation. Elle peut donc, en tout état de cause, et par tous éléments réguliers de preuve, combattre, en en établissant la fausseté, les inductions que l'on prétendrait en tirer contre elle. On ne saurait lui opposer, puisque la délation du serment n'émane pas d'elle, qu'elle a accepté d'avance et par forme de transaction, la vérité du fait affirmé par son adversaire. En un mot, l'article 1363, fait exclusivement pour le serment décisoire, est inapplicable au serment supplétif (1).

23. Il suit encore de la nature de ce serment que l'article 1361 est également sans application par rapport à lui. Ainsi, celui qui refuse de prêter le serment qui lui a été déféré d'office ne doit pas pour cela nécessairement succomber dans sa demande ou son exception. Ce refus de serment, qui ne fait que laisser la cause en l'état, fournit un simple argument de fait contre lui, argument sans doute puissant, qui devra, dans la plupart des cas, déterminer le rejet de ses prétentions, comme étant mal fondées; mais il ne fait point absolument obstacle à ce que le juge, appréciant plus favorablement les éléments de preuve qu'il rapporte, ne finisse par accueillir sa demande ou son exception. C'est comme si, après lui avoir déféré le serment d'office, il l'en avait dispensé.

24. Le serment supplétif n'est censé prêté ou refusé que dans les cas et sous les mêmes conditions que le serment décisoire est lui-même censé refusé ou prêté (2).

Mais il est une remarque importante que nous devons faire. Lorsque le juge défère le serment supplétif, ce qu'il demande à la partie à laquelle il le défère, ce n'est pas, comme en cas de délation du serment décisoire, qu'elle reconnaisse les faits

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 759. — MARCADÉ, art. 1368, n° 3. — Cass., 20 janv. 1843. SIREY, 43, 1, 659.

(2) Voy. 1364, n° 7.

sur lesquels son adversaire fonde sa demande ou son exception, mais bien qu'elle affirme personnellement les faits sur lesquels elle appuie ses propres prétentions. Il en résulte qu'une semblable réponse : Je ne sais, je ne me souviens pas, je ne puis affirmer, n'ajoutant rien à l'instruction de la cause, ne satisfait pas à la délation du serment, et que le juge doit statuer sur l'affaire d'après les éléments de décision qu'elle présente, et parmi lesquels figure la réponse de la partie, suivant l'appréciation qui en est faite.

Lorsque la partie à laquelle il a été déféré meurt ou devient autrement incapable de le prêter, sans que d'ailleurs elle soit réputée l'avoir déjà refusé, le jugement qui l'a ordonné doit nécessairement être considéré comme non avenu. Il s'ensuit que le juge doit statuer sur la contestation, d'après les seuls éléments de preuve qui subsistent (1).

Il peut seulement tenir compte, dans l'appréciation qu'il est appelé à en faire, des circonstances qui ont empêché la partie de prêter le serment, et des dispositions qu'elle a manifestées à cet égard. Il a aussi le droit de déférer le serment supplétif à l'autre partie, ou le serment de crédulité aux héritiers du défunt, pourvu que, par rapport à cette partie ou à ces héritiers, les conditions voulues existent pour que ces serments soient régulièrement déférés (2).

25. Le jugement rendu en conséquence du serment supplétif, soit que le serment ait été prêté ou refusé, acquiert, au même titre que toute décision ordinaire, l'autorité de la chose jugée. La partie dont la demande ou l'exception ont été rejetées ne peut donc désormais les reproduire en justice. Bien ou mal rendue, la décision passée en force de chose jugée s'oppose à ce qu'elle poursuive directement ou indirectement la rétractation du jugement, et à ce qu'elle se fasse relever contre ses effets, même en offrant de prouver, par les do-

(1) ZACHARIÆ, t. 5, pag. 761. — Limoges, 12 mars 1839. SIREY, 40, 2, 24.
(2) ZACHARIÆ, *ibid.*

cuments les plus irréfragables, la fausseté du serment supplétif (1).

Elle n'a que le droit de se pourvoir par requête civile (480, C. pr.), en établissant qu'il y a eu dol et fraude caractérisés commis à son égard (2), ou rétention de pièces décisives par son adversaire (3). Il ne lui reste que ce recours extraordinaire.

Article 1369.

Le serment sur la valeur de la chose demandée ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. — Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment.

Sommaire.

1. Le serment *in litem* diffère du serment supplétif ordinaire.
2. Dispositions de l'article 1369. Il doit être déféré au demandeur.
3. En quels cas il y a impossibilité de constater autrement la valeur de la chose demandée.
4. Le juge a la faculté de déférer ou non le serment *in litem*.
5. Il peut le déférer contre l'héritier de celui qui a commis l'acte sur lequel se fonde la demande.
6. Il faut être en nom dans l'instance. Des tuteurs et curateurs.
7. Il peut être déféré à la partie qui a souffert du fait, ou à son héritier, majeur ou mineur.
8. Fixation préalable d'une somme. Principes du droit romain.
9. D'après eux, le serment *in litem* n'avait lieu qu'en cas de dol ou de contumace.
10. Comment le juge peut recourir à la commune renommée pour fixer la somme préalablement.
11. Le serment *in litem* est un moyen d'instruction. Conséquence.

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 760.
(2) Zachariæ, t. 5, pag. 760, n°s 21.
(3) Duranton, t. 13, n° 614. — Toullier, t. 10, n°s 427 et suiv.

COMMENTAIRE.

1. Il est une autre espèce de serment d'office, que l'on nomme serment en plaids ou *in litem*. Il diffère de celui dont nous venons de traiter, sous le rapport de la cause et de l'objet de sa délation. Le serment d'office dont s'occupent les articles précédents est déféré sur le fait même de la demande ou de l'exception. Le serment d'office prévu par l'article 1369 est déféré seulement sur la valeur de la chose qui fait le sujet de la contestation. Celui-là suppose, et c'est une condition essentielle de sa délation, que la demande ou l'exception n'est pas pleinement justifiée, mais qu'elle n'est pas totalement dénuée de preuves; celui-ci, au contraire, suppose que la demande est justifiée en elle-même, que seulement la valeur de la chose demandée n'est pas établie, et qu'il s'agit uniquement de la déterminer.

2. Telles sont donc les dispositions de l'article 1369 : « Le serment sur la valeur de la chose demandée ne peut être déféré par le juge au demandeur, que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. »

Cette restriction des cas où il est permis de le déférer est déjà une garantie contre les dangers et les inconvénients d'une semblable mesure.

Le serment supplétif ordinaire peut être déféré, soit au demandeur, soit au défendeur, au choix du juge, et sauf l'appréciation des circonstances qui l'autorisent à accorder la préférence à telle partie plutôt qu'à l'autre. Ici le juge n'a pas la même faculté : s'il croit convenable de recourir à ce moyen d'instruction, il doit déférer le serment *in litem* au demandeur, sans qu'il puisse, en aucun cas, le déférer au défendeur, quelque confiance d'ailleurs qu'il lui inspire. C'est que la demande étant alors supposée justifiée en elle-même, cette première justification, quant au fond même de son droit, signale le demandeur à la confiance obligée du juge.

Mais il ne faut pas perdre de vue que si la prétention est

proposée par voie d'exception, le défendeur originaire devient alors, en ce point, demandeur.

3. En quel cas y a-t-il impossibilité de constater la valeur de la chose demandée, autrement que par le serment d'office? La loi ne s'en explique point, et il semble que le juge étant expert de droit, et pouvant, en conséquence, déterminer lui-même, d'après les circonstances et les documents de la cause, la valeur réelle de la chose demandée, cette impossibilité prétendue n'existe point dans la pratique. Notre article suppose néanmoins le contraire. Or, c'est lorsque le juge en est précisément réduit à la nécessité de déterminer lui-même, d'après les lumières de sa propre raison, la valeur de la chose demandée, en l'absence de tout autre document, et au défaut absolu d'une expertise légalement possible, qu'il y a impossibilité de constater cette valeur à l'aide d'aucun autre moyen de preuve. C'est alors le cas de déférer le serment d'office *in litem*.

Mais cette impossibilité elle-même n'existe que lorsque la chose demandée ne pouvant pas être restituée en nature, c'est le payement de sa valeur qui forme le sujet de sa demande.

Tels sont les cas où la valise d'un voyageur a été volée dans une auberge (1), où des objets confiés à des voituriers ont été perdus (2), où un vol a été commis dans ma maison (3), où il s'agit enfin de spoliation, de rétention frauduleuse ou de tout autre acte, de bonne ou de mauvaise foi, qui oblige le défendeur à une réparation. Le juge peut alors déférer le serment sur la valeur des effets perdus ou volés, qui ne peuvent être restitués en nature, et s'en rapporter à l'affirmation du demandeur.

4. Du reste, le juge n'est jamais tenu de déférer le serment

(1) Denizart, v° *Aubergiste*, § 3, n° 4. — Pothier, *Oblig.*, n° 837. — Duranton, t. 13, n° 626.
(2) Toullier, t. 10, n° 447, et t. 11, n° 256. — Zachariæ, t. 3, pag. 43. — Troplong, *Louage*, n° 922.
(3) Toullier, t. 10, n° 440.

in litem. Ce n'est qu'une faculté pour lui de le déférer ou non, dans les cas où sa délation est autorisée. Mais l'emploi de cette mesure d'instruction ne lui est jamais imposé comme une nécessité. Il a toujours la faculté de le déférer ou de le rejeter, alors même que les parties y auraient expressément conclu, et de déterminer lui-même la valeur de la chose, en sa qualité d'expert de droit.

5. En droit romain, le serment *in litem* avait une sorte de caractère pénal. Il était la peine du dol et de la contumace du débiteur. Il ne pouvait, en conséquence, être déféré contre l'héritier de celui qui avait personnellement commis l'acte dont la réparation était poursuivie. Mais comme, sous notre législation, il n'est qu'un simple moyen d'instruction, il peut être légalement déféré contre l'héritier du défendeur (1).

6. En principe, le serment *in litem* ne peut, comme tout autre serment judiciaire, être déféré qu'à celui qui figure personnellement et en son nom dans l'instance. En général, dit Ulpien (2), nul autre ne peut prêter le serment *in litem*, si ce n'est le maître du procès ; et, suivant Papinien, le serment *in litem* ne peut être fait que par celui qui plaide en son nom : *Volgo præsumitur, alium in litem non debere jurare, quàm Dominum litis; denique Papinianus ait, alium non posse jurare, quam eum, qui litem suo nomine contestatus est.* Cependant, la loi romaine admettait les tuteurs ou curateurs à prêter pour leurs pupilles le serment *in litem*, lorsqu'ils étaient disposés à le faire (3).

Ces principes doivent être également suivis sous notre droit français. Nous ajoutons quant aux tuteurs et curateurs que, par cela seul qu'ils se déclareront prêts à jurer, ils avoueront qu'ils connaissent la valeur de la chose, et sont conséquemment en état de la fixer.

(1) Toullier, t. 10, n° 445.
(2) L. 7, *ff. De in litem jur.*
(3) L. 4, *ff. ibid.*

7. Le serment *in litem* peut être déféré non seulement à celui qui a personnellement souffert du fait qui donne lieu à sa demande, mais encore à son héritier, majeur ou mineur. La loi romaine en avait une disposition expresse : Le mineur peut jurer, s'il veut; *adolescens vero, si velit jurare, potest*, dit Ulpien (1). Et il n'existe dans notre droit aucune disposition qui défende la délation du serment *in litem* dans ce cas (2).

Nous observerons seulement que l'héritier doit connaître la valeur de la chose, et que, s'il est mineur, sa raison doit être assez développée pour inspirer confiance à la justice.

8. Lorsqu'il défère le serment *in litem*, le juge doit, même dans ce cas, déterminer la somme jusqu'à la concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment (1369). Cette limitation de somme est une garantie contre toute exagération de la part du demandeur dans l'évaluation de la chose qu'il réclame.

Quand le juge fixe la somme jusqu'à la concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment, il ne doit considérer que la valeur réelle de la chose demandée, et faire abstraction de la valeur d'affection que le demandeur peut lui attribuer, sans préjudice des dommages et intérêts auxquels il peut d'ailleurs avoir droit, et notamment à raison du préjudice qui lui est causé par la non restitution de la chose en nature (3).

Au contraire, sous le droit romain, le juge devait fixer le montant de la condamnation sur la valeur que la partie jurait qu'elle attachait à la chose par affection pour elle ; et ce prix d'affection pouvait être supérieur à la valeur réelle. C'est de ce serment qu'Ulpien dit (4) : Le juge n'estime pas le dol sur le

(1) L. 4, *ff. ibid.*

(2) L. 4, *ff. ibid.* — TOULLIER, T. 10, n° 446. — MERLIN, Rép., v° *Serment en plaids.* — Cass., 9 vendémiaire au XIV, rapporté par Merlin, *ibid.*

(3) POTHIER, *Oblig.*, n° 836. — TOULLIER, T. 10, n°s 437 et 439. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 761. — DURANTON, T. 13, n°s 627 et 628.

(4) L. 64, *ff. De judiciis.*

pied des dommages et intérêts, mais sur l'évaluation de la partie faite par serment *in litem*; *non ab judice doli æstimatio ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in litem juratur*.

Aussi, les interprètes du droit romain distinguaient-ils deux espèces de serment : *juramentum affectionis*, le serment d'affection, d'après lequel la chose était évaluée suivant son prix d'affection; *juramentum veritatis*, le serment de vérité, d'après lequel la chose était estimée suivant sa valeur véritable. Nos lois françaises ne reconnaissent que ce dernier serment.

En droit romain, le juge n'était pas astreint à fixer une somme, lorsqu'il déférait le serment *in litem*. La partie pouvait jurer à l'infini; *jurare in infinitum licet* (1). Cependant, il pouvait déterminer une somme jusqu'à concurrence de laquelle le serment était recevable; *judex potest præfinire certam summam usque ad quam juretur* (2). D'un autre côté, dans le cas où il n'avait pas fixé de somme, il pouvait, nonobstant le serment, acquitter le défendeur, ou le condamner à une somme moindre; *etsi juratum fuerit, licet judici absolvere vel minoris condemnare* (3).

En imposant au juge l'obligation de déterminer une somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment, l'article 1369 n'a fait que consacrer les usages de notre ancienne jurisprudence (4).

9. Dans les principes du droit romain, le serment *in litem* n'avait lieu qu'en cas de dol et de contumace de la part du défendeur. C'est ainsi que divers textes parlent expressément de l'estimation du dol, *doli æstimatio* (5), ou de la contumace (6), c'est-à-dire une obstination ou résistance de mauvaise foi.

(1) L. 4, § 2, *ff. De in lit. jur.*
(2) L. 5, § 1, *ff. De in lit. jur.*
(3) L. 5, § 1, *ff. De in lit. jur.* — L. 4, § 3, *ff. ibid.*
(4) POTHIER, *Oblig.*, n° 838. — ROUSSEAUD DE LACOMBE, V° *Serment*, n° 4.
(5) L. 64, *ff. De judiciis.*
(6) L. 1; l. 5, § 1, *ff. De in lit. jur.*

Quant à la simple faute, elle n'autorisait pas la délation du serment *in litem*; c'était le juge qui devait faire l'estimation; *ex culpâ autem non jusjurandum deferendum constat; sed æstimationem a judice faciendam* (1).

Ce n'est pas que la délation du serment *in litem* eût pour résultat de rendre la chose qui faisait le sujet de la contestation d'une valeur plus considérable; seulement, l'évaluation s'en faisait au-delà même de la valeur réelle de la chose, à cause de la mauvaise foi obstinée du défendeur; *non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumaciâ æstimatur ultra rei pretium* (2). Et c'est cette exagération d'évaluation qui donnait au serment *in litem* un caractère véritablement pénal.

Mais sous le Code, comme sous notre ancienne jurisprudence française, il est indifférent, pour la délation de ce serment, qu'il s'agisse de dol et de fraude, ou seulement d'une simple faute. Le juge peut le déférer indistinctement dans l'un et l'autre cas. Toutefois, nous reproduirons ici une observation très-juste de Pothier (3): c'est que, dans l'estimation de la chose qui forme le sujet du litige, on doit user de moins de ménagements envers celui qui s'est rendu coupable d'un acte dolosif, frauduleux et de mauvaise foi, qu'envers celui qui n'a commis qu'une négligence et une imprudence.

10. Cette évaluation préalable et provisoire de la chose, que l'article 1369 prescrit au juge, à titre de maximum, suppose elle-même que le magistrat possède déjà quelques éléments d'appréciation, tels que la nature de la cause, la qualité de la personne, les vraisemblances qui en résultent quant à la valeur réelle de la chose qui est en débat. Mais si les diverses circonstances du fait ne lui fournissaient aucun indice ni présomption, et qu'il en fût totalement dépourvu, il pourrait recourir à une enquête par la commune renommée (4).

(1) L. 4, § 4; l. 2, § 1, *ff. ibid.*
(2) L. 1, *ff. ibid.*
(3) *Oblig.*, n° 838.
(4) Toullier, t. 10, n° 440. — Zachariæ, t. 5, pag. 262. — Favard, Rép., v° *Serment*, sect. 3, § 2, n° 17.

Cependant, les résultats de cette enquête ne devraient lui servir qu'à déterminer le maximum dont la fixation est préalable à la délation du serment. Comme un semblable moyen d'instruction n'est point, en général, autorisé à titre d'expertise légale, et que, hors les cas exceptionnels pour lesquels il a été expressément établi, il est en lui-même destitué d'une pleine autorité probante, le juge ne pourrait se fonder sur la commune renommée pour fixer définitivement la valeur de la chose, que tout autant que les indices qui en résultent sont corroborés par d'autres présomptions, ou qu'ils établissent eux-mêmes des présomptions graves, précises et concordantes.

D'autre part, nous supposons qu'il s'agit d'une action où la preuve par commune renommée n'est pas admise par la loi, comme elle l'est dans certains cas exceptionnellement. Car, s'il s'agissait d'un débat où ce genre de preuve fût légalement autorisé, il suffirait seul, indépendamment du serment, pour déterminer la valeur de la chose, et on ne saurait alors prétendre qu'il n'y a d'autre moyen d'évaluation que le serment *in litem*.

11. Ce serment, de même que le serment supplétif ordinaire, constitue au même titre et plus évidemment encore un simple moyen d'instruction. Nous ne rappellerons ici que quelques-unes des principales conséquences de ce principe.

Il ne peut être référé par le demandeur au défendeur.

Le juge n'est pas lié par le jugement interlocutoire qui l'ordonne. Il peut, en conséquence, déterminer la valeur de la chose d'après les documents ultérieurement découverts ou recouvrés, abstraction faite du jugement qui ordonne le serment.

Il n'est pas lié par la fixation de la somme qu'il a dû faire préalablement, en conformité de notre article. Il peut en réduire ou augmenter le chiffre par nouveau jugement, si, avant la prestation du serment, de nouveaux documents lui sont soumis à cet égard par l'une ou l'autre des parties (1).

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 762. — FAVARD, *ibid.*, nº 18.

Il est si peu lié par cette fixation, qu'il est autorisé, même après le serment prêté et tant qu'il n'a pas rendu de décision définitive sur la contestation, si de nouveaux renseignements sont découverts ou recouvrés, à réduire l'évaluation de la chose demandée au-dessous du chiffre par lui fixé, soit même au-dessous de la somme affirmée par le demandeur.

Enfin, le juge saisi de la contestation, en instance d'appel, peut, sans avoir égard au serment prêté devant les premiers juges, le déférer lui-même de nouveau sur d'autres bases d'évaluation, soit diminuer, comme exagéré, le montant de la condamnation, si les renseignements rapportés devant lui établissent la nécessité de cette réduction (1).

(1) Zachariæ, *ibid.*

CODE NAPOLÉON. — TITRE IV.

DES ENGAGEMENTS

QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

(*Décrété le 9 février 1804. Promulgué le 19 du même mois.*)

ARTICLE 1370.

Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. — Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. — Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée. — Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits : ils font la matière du présent titre.

Sommaire.

1. Synonymie des mots : obligation, engagement.
2. Critique de la rédaction de l'article 1370.
3. Suite. Résumé. Il n'y a que deux sources d'engagements : les contrats et la loi.
4. Exemples d'engagements résultant de l'autorité seule de la loi.
5. Obligations des administrateurs et fonctionnaires qui peuvent refuser leurs fonctions.

6. Engagements résultant de la loi à l'occasion de cas fortuits.
7. Suite. En quels cas ils ont un caractère conventionnel.
8. Suite. Ils sont quelquefois l'occasion de l'exercice d'un droit.
9. Les engagements définis par la loi ne laissent pas d'être conventionnels.

COMMENTAIRE.

1. Nous avons épuisé le titre III, qui traite des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Mais les obligations qui résultent des conventions ne sont pas les seules qui existent en droit ; il est d'autres engagements qui se forment sans convention. Ce sont eux qui forment le sujet du titre IV, et dont nous allons maintenant nous occuper.

Dans le langage ordinaire, les mots, obligation, engagement, sont synonymes. Ils expriment également le lien de droit par lequel une personne est tenue de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose. Mais, dans la pureté rigoureuse de la langue juridique, bien qu'ils y soient pris indifféremment l'un pour l'autre et dans le même sens, il semble cependant que le mot, obligation, est plus spécialement affecté à exprimer le lien de droit qui résulte d'une convention, tandis que le mot, engagement, est particulièrement destiné à désigner le lien de droit par lequel une personne est astreinte sans qu'aucune convention soit intervenue.

Cette dernière expression a une propriété spéciale d'autant plus manifeste qu'elle sert à exprimer, parmi les engagements qui se forment sans convention, certains engagements, tels que ceux qui se rapportent à la matière des servitudes légales, où la chose qui en fait le sujet est seule engagée, sans que la personne elle-même le soit, si ce n'est à cause de la propriété ou de la possession de cette chose. Or, le mot, obligation, exprime surtout le lien de droit qui affecte la personne, et quand on l'applique aux engagements purement réels, ce ne peut être qu'en se référant à l'idée de l'obligation dont la personne elle-même est tenue, à cause de l'engagement de sa chose.

2. Sans insister davantage, nous abordons le commentaire de notre article.

« Certains engagements, dit-il, se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. »

Quels sont ces engagements? « Les uns, ajoute-t-il, résultent de l'autorité seule de la loi ; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. »

Voilà donc, d'après notre article, outre les contrats, une double source d'engagements, la loi ou un fait. Cette théorie du législateur ne nous semble pas exempte de justes critiques (1). En effet, il n'est pas parfaitement exact de dire qu'un engagement naît d'un fait, puisque, par lui-même, ce fait n'implique aucune intention de s'obliger ou d'obliger un tiers, de la part de celui par qui ou envers qui il a été accompli. L'engagement qui en résulte se produit, au contraire, sans la volonté ou même contre la volonté de celui qui se trouve obligé. Cette absence de volonté est surtout sensible, lorsque le fait qui donne lieu à l'engagement s'est accompli lui-même sans l'intention ou contre l'intention de la personne obligée.

Quand on dit des obligations conventionnelles, qu'elles résultent des contrats, on ne fait qu'exprimer en des termes parfaitement justes une vérité incontestable. C'est que toute convention, animée qu'elle est de la volonté commune des contractants, a en elle-même une force obligatoire qui répond aux idées de liberté et de moralité humaines. Ce n'est pas la loi qui crée l'obligation qui en résulte; elle la reconnaît seulement, la consacre et la garantit. Ce sont les contractants eux-mêmes qui s'obligent, parce qu'ils en ont la volonté, et que, en ayant la volonté, ils en ont le pouvoir. Alors la convention leur tient lieu de loi (1134).

Mais lorsqu'il s'agit d'un simple fait à la consommation duquel n'ont présidé aucunes volontés concordantes, comme on ne peut expliquer l'engagement qui en résulte par aucune intention corrélative des parties, expresse ou tacite, on est forcé de recourir aux principes supérieurs de justice et d'équité qui

(1) Voy. Toullier, t. 11, nos 8 et suiv.

régissent les rapports des hommes entre eux. Là est l'origine de cet engagement formé sans convention; c'est-à-dire qu'elle réside dans la loi qui le crée et l'établit de son autorité propre, sans le concours d'aucune volonté particulière, contre la volonté même de celui qui se trouve obligé. Et si l'on peut dire, dans ce cas, que l'engagement naît du fait qui y donne lieu, c'est seulement en ce sens que la loi le fait naître à l'occasion de ce fait, à cause de ce fait.

Il n'y a donc, en réalité, que deux sources générales d'obligations, les contrats et la loi. Quant à celles qui procèdent de la loi, les unes résultent de son autorité seule, indépendamment de tout fait personnel; les autres résultent, au contraire, de la loi, à l'occasion d'un fait personnel, soit à celui qui se trouve obligé, soit à celui envers lequel l'autre partie est obligée. Car on peut obliger par son fait une autre personne, comme on peut s'obliger soi-même. Aussi, l'article 1370 est-il incomplet en se bornant à dire que des engagements naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé; il aurait dû ajouter, ou personnel à celui envers lequel on est obligé.

3. Les engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi sont les engagements formés involontairement, dit notre article; et il en cite quelques exemples.

Quant aux engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, et nous ajoutons, suivant la remarque que nous avons faite, ou personnel à celui envers lequel on est obligé, ils résultent, ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits (1370); c'est-à-dire de faits qui, suivant leurs caractères propres, sont qualifiés juridiquement d'une manière différente.

Telles sont les dispositions de l'article 1370, et l'inexactitude que nous avons signalée dans la théorie qu'il pose, se reproduit surtout dans cette dernière partie de sa rédaction.

Pour nous résumer, nous disons qu'il serait, suivant nous, infiniment mieux rédigé, s'il l'était dans ces termes : Outre les obligations conventionnelles, certains engagements se forment

sans convention ; ils sont établis par la loi, soit qu'ils résultent involontairement de son autorité seule, soit qu'ils en résultent à l'occasion d'un fait personnel à celui qui est obligé, ou envers lequel on est obligé. Ce fait constitue un quasi-contrat, un délit ou un quasi-délit.

Il n'y a ainsi, à vrai dire, que deux sources générales d'obligations, les contrats et la loi ; et cette dernière source en comprend elle-même quatre sources particulières, ce qui fait au total cinq, savoir : les contrats, la loi, les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits.

On comprend du reste que nos observations, purement doctrinales, sont sans influence sur la pratique, et que l'essentiel, dans l'application, est moins de connaître les sources des obligations que d'en déterminer les caractères et les effets.

4. Les articles suivants s'occupent des quasi-contrats, des délits ou quasi-délits. Quant aux engagements qui, ayant dans la loi une commune origine, résultent de son autorité seule, les dispositions qui les concernent sont éparses et disséminées dans le corps de notre législation civile.

L'article 1370 se borne à rappeler comme exemples les engagements entre propriétaires voisins, tels que les servitudes qui dérivent de la situation des lieux (640-648), ou celles qui sont établies par la loi (649-685).

Il cite encore comme exemples les engagements des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée. C'est à ce caractère d'obligations imposées et subies malgré soi, que l'on reconnaît les engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi.

5. S'il s'agissait, au contraire, de fonctions qu'il fût loisible de refuser, les engagements résultant de leur acceptation toute volontaire auraient un caractère véritablement conventionnel.

En parlant d'administrateurs, notre article n'a sans doute en vue que les personnes qui sont investies d'un pouvoir privé dans un intérêt particulier. Mais en s'élevant d'une disposition

de droit civil aux principes de droit public, on peut en dire autant des personnes qui, étant investies d'un pouvoir public, dans un intérêt général, contractent, par le seul fait de l'acceptation de leurs fonctions, des engagements envers la société. Les actes commis par elles dans l'exercice de leurs fonctions, en contravention à leurs devoirs, et qui engagent leur responsabilité, donnent lieu à de véritables obligations conventionnelles de leur part, soit qu'elles existent envers de simples individus ou envers l'État lui-même. Ces fonctionnaires sont, en effet, dans les liens d'un véritable contrat, et les engagements qu'ils contractent en acceptant leurs fonctions, bien qu'ils soient définis par la loi seule, résultent en réalité d'une convention, du concours de volontés concordantes.

6. Nous pouvons encore citer comme exemples d'engagements résultant de l'autorité seule de la loi, les engagements qui naissent à l'occasion de certains faits de force majeure et de cas fortuits, sans que celui qui se trouve obligé ou envers lequel on est obligé, y ait contribué par son fait personnel (1).

Ainsi, l'alluvion profite au propriétaire riverain (556). Il en est de même des relais que forme l'eau courante, qui se retire insensiblement de l'une de ses rives en se portant sur l'autre. Le propriétaire de la rive découverte profite de l'alluvion, sans que le riverain du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain qu'il a perdu (557).

La propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds ; si ce trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds (716). Cette découverte est sans doute un fait personnel, mais elle est en même temps et précisément le cas fortuit lui-même.

Au surplus, les cas fortuits et de force majeure, par leur nature propre, ne donnent lieu en général à aucun engagement.

(1) Voy. DOMAT, *Lois civiles*, liv. 2, tit. 9, sect. 1 et 2. — TOULLIER, T. 11, nos 318 et suiv.

Ce sont des accidents dont l'un peut souffrir et l'autre même profiter, sans qu'on puisse dire qu'il y ait, à leur occasion, un engagement quelconque.

Ainsi, en cas d'abordage de navires, si l'évènement est purement fortuit, le dommage est supporté, sans répétition, par celui des navires qui l'a éprouvé (407, C. comm.).

7. Quelquefois, ces évènements fortuits et de force majeure surviennent à l'égard de personnes qui se trouvent respectivement liées entre elles par un contrat. Ils exercent alors une influence plus ou moins considérable sur leurs engagements; mais on ne saurait prétendre que les modifications qui en résultent quant à leurs obligations, constituent de simples engagements procédant de l'autorité seule de la loi. Le principe en est dans la convention primitive à laquelle ils se rattachent.

Par exemple, lorsque, par la tempête ou par la chasse de l'ennemi, le capitaine se croit obligé, pour le salut du navire, de jeter en mer une partie de son chargement, de couper ses mâts ou d'abandonner ses ancres, et qu'après avoir pris l'avis des intéressés au chargement et des principaux de l'équipage, ces mesures de salut ont été exécutées, il y a lieu à une contribution pour jet (410 et suiv., C. comm.). Cette obligation de contribuer à la réparation des pertes et dommages naît sans doute à l'occasion d'un évènement de force majeure; mais, comme elle se rattache à la convention antérieure qui lie les diverses personnes, lesquelles, en chargeant sur le navire, se sont tacitement obligées, le cas échéant, à la contribution pour jet, cette obligation, bien loin de résulter de l'autorité seule de la loi, a, au contraire, un caractère réellement conventionnel. Elle n'est que le développement de celle qui avait été primitivement contractée, et elle participe de sa nature contractuelle.

Il ne faut pas confondre en effet, sous le rapport de leur origine, les engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi, avec les obligations qui, dérivant d'un contrat, sont définies,

expliquées ou développées par elle dans l'hypothèse de certaines circonstances éventuelles et fortuites.

8. Les événements de force majeure sont encore l'occasion de certains engagements légaux, en ce sens qu'ils donnent lieu à l'exercice d'un droit. Que, dans un débordement, la violence des eaux entraîne sur les héritages voisins des meubles, des bois, des matériaux qui m'appartiennent. Les propriétaires de ces héritages sont tenus de m'en accorder l'entrée pour les reprendre, à la charge par moi de les indemniser du dommage causé, et par l'enlèvement de ces objets, et par leur transport dans leurs champs par le courant des eaux. Je pourrai seulement me décharger de tout en les leur abandonnant (1).

9. La loi prend soin de déterminer les obligations respectives qui résultent des divers contrats de vente, d'échange, de louage, de mandat, etc... Ces obligations résultent bien de la loi, en ce sens que c'est elle qui les définit; mais elles ne résultent pas de son autorité seule, puisqu'elles ont leur source dans la convention des parties, qui ne font que se référer par leur silence à ses dispositions.

Il y a mieux : la loi soumet, à défaut de contrat matrimonial, les époux au régime de la communauté légale. Elle définit et explique les conditions de ce régime. Cependant, on ne saurait prétendre que les engagements respectifs des époux, quant à leurs biens, alors qu'ils n'ont point fait de contrat de mariage, procèdent de l'autorité seule de la loi. Comme les époux sont censés, à défaut de conventions différentes, avoir accepté volontairement et d'un commun accord le régime de droit proposé par le législateur, leurs engagements ont un caractère véritablement conventionnel; et l'on peut dire de la loi, dans ce sens, qu'elle est le contrat commun.

(1) DOMAT, *Lois civiles*, liv. 2, tit. 9, sect. 2, n° 4.—TOULLIER, T. 11, n°s 324 et 325. — DEMOLOMBE, T. 10, n° 100 et suiv., et T. 11, n°s 56 et suiv.

CHAPITRE PREMIER.

DES QUASI-CONTRATS.

ARTICLE 1371.

Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties.

Sommaire.

1. Quatre sources des obligations en droit romain.
2. Sens de ces mots, *quasi ex contractu*, *quasi ex delicto*.
3. Fondement des obligations qui naissent des quasi-contrats, des délits et quasi-délits.
4. Définition du quasi-contrat.
5. En quel sens le fait doit être licite.
6. Le Code ne s'occupe ici que du quasi-contrat de gestion d'affaires et de réception de l'indû. Il y en a une foule d'autres.
7. La transmission des engagements n'influe en rien sur leur source primitive.
8. Le Code traite ailleurs des autres quasi-contrats.

COMMENTAIRE.

1. La loi romaine n'admettait que deux sources principales des obligations, les contrats et les délits. Cependant, comme certains faits, sans constituer proprement des contrats ou des délits, donnaient lieu néanmoins à des engagements, elle disait, par assimilation de ces engagements avec les premiers qui leur servaient en quelque sorte de type, qu'ils résultaient de ces faits, comme d'un contrat, comme d'un délit, *quasi ex contractu* (1), *quasi ex delicto*, *quasi ex maleficio* (2).

(1) Instit., *De obl. quæ quasi ex contractu nascuntur*.

(2) Instit., *De obl. quæ quasi ex delicto nascuntur*.—Voy. DUCAURROY, *Instit. expliq.*, nos 1086 et suiv.

De là en définitive, dans les principes du droit romain, quatre sources des obligations. La loi n'y est pas indiquée, sans doute parce que le législateur avait considéré comme inutile et superflue l'indication de cette dernière source, que signale assez par lui-même le but de toute législation civile. Sous ce rapport, et quelles que soient les justes critiques dont elle peut être d'ailleurs l'objet, la rédaction de l'article 1370 est plus complète.

2. Mais au point de vue spécial des faits qui ne constituent ni des contrats ni des délits, et qui néanmoins sont une cause d'engagements, la loi romaine s'exprimait peut-être avec plus d'exactitude que notre loi moderne. Elle n'en faisait pas, en effet, par une assimilation aussi fautive dans l'expression que dans la pensée, des espèces de contrats, des espèces de délits. Seulement, comme il lui fallait qualifier les engagements qui en résultaient, et qu'il était assez difficile de ne pas leur donner une qualification qui les assimilât, sans les confondre, aux engagements qui naissaient des contrats et des délits, elle se bornait à dire qu'ils résultaient de ces faits destitués de toute dénomination générique et propre, comme si c'était un contrat, comme si c'était un délit; *quasi ex contractu, quasi ex delicto.* Mais elle ne disait pas qu'ils naissaient d'un quasi-contrat, d'un quasi-délit, *ex quasi contractu, ex quasi delicto*, expressions qui n'étaient pas usitées par elle.

En employant les mots de quasi-contrats et de quasi-délits, le législateur moderne s'est conformé à la langue juridique de notre ancienne jurisprudence française, qui, à la différence de la loi romaine, et au lieu de définir les engagements qui en naissent, a mieux aimé donner une dénomination particulière aux faits desquels résultent ces engagements. Du reste, ces expressions consacrées par l'usage présentent un sens clair et précis; elles n'ont pas même une autre signification que celle que la loi romaine attachait à ces termes, *quasi ex contractu, quasi ex delicto.* Le Code Napoléon ne veut pas dire davantage que ces faits appelés par lui quasi-contrats, quasi-délits, soient

des espèces de contrats, des espèces de délits ; il veut dire seulement que des engagements en naissent, comme il en naît des contrats et des délits proprement dits, et que ces engagements ont entre eux des rapports de similitude.

3. Nous avons déjà remarqué, sous l'article précédent, qu'ils résultent de la loi ; que c'est elle qui en est la cause, et que les faits desquels ils naissent, suivant les expressions de l'article 1370, n'en sont que l'occasion. Il ne faut pas, en effet, en rechercher la source ailleurs que dans les principes naturels de bonne foi, de justice et d'équité, qui défendent de s'enrichir aux dépens d'autrui (1), ou de causer à autrui un dommage quelconque. C'est cette double maxime qui domine la matière des quasi-contrats et des quasi-délits ; c'est à elle que nous aurons constamment à rattacher les engagements qui en résultent.

4. Mais que doit-on entendre par quasi-contrat ? Comment peut-on définir ce fait juridique ? Les jurisconsultes romains n'en ont donné nulle part la définition. Ils expliquent seulement comment les engagements qui en résultent, en naissent comme si c'était un contrat, *quasi ex contractu*, du moment qu'il n'a ni les caractères d'une convention, ni ceux d'un délit ; et encore cette explication n'est-elle donnée que par forme de transition. *Post genera contractuum enumerata*, dit la loi romaine, *dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè nasci ex contractu intelliguntur ; sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur* ; après les espèces de contrats que nous venons d'énumérer, voyons aussi ces obligations qui ne naissent pas proprement d'un contrat, mais qui cependant, n'étant point fondées sur un délit, semblent naître comme d'un contrat (2).

L'article 1371 commence par donner des quasi-contrats une

(1) L. 206, *ff. De reg. jur.*

(2) Instit., *De oblig. quæ quasi ex contractu nascuntur.*

définition qu'il emprunte à la doctrine des auteurs (1). Les quasi-contrats, dit-il, sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties.

Mais le législateur moderne a, par inadvertance, omis dans sa définition précisément l'expression essentielle et caractéristique. Il ne suffit pas en effet, pour constituer un quasi-contrat, que le fait soit volontaire ; il doit être en outre et essentiellement licite, permis par la loi, non répréhensible, honnête, ainsi que le disent les auteurs. S'il était illicite, déshonnête, prohibé par la loi, il constituerait non plus un quasi-contrat, mais bien un délit ou un quasi-délit. D'autre part, quand la loi exige que le fait qui produit un quasi-contrat soit volontaire de la part de la personne de laquelle il émane, c'est afin de distinguer les engagements qui en naissent de ceux qui résultent des délits, des quasi-délits, ou de l'autorité seule de la loi. Car ces derniers peuvent naître indifféremment de faits volontaires ou involontaires, ou même d'évènements fortuits et de force majeure. Tel est donc le double caractère essentiel des faits qui constituent des quasi-contrats : ils doivent être licites et volontaires. Le concours de ces deux conditions est indispensable.

5. Quand nous disons qu'ils doivent être licites, nous n'entendons point par là soutenir que la personne qui les accomplit ait absolument le droit de les consommer, et que celle envers laquelle ils sont accomplis n'ait pas le droit de les prévenir ou de les empêcher. Nous ne prétendons qu'une chose, c'est que, abstraction faite du droit d'opposition et d'empêchement qui, suivant les cas, appartient aux tiers, les faits doivent être en eux-mêmes honnêtes et licites de leur nature.

Par exemple, dans le quasi-contrat de gestion d'affaires, le maître a sans doute le droit de s'opposer à ce qu'un tiers vienne

(1) Vinnius, *Instit.*, *De oblig. quæ quasi ex contr. nasc.* — Heineccius, *Elem. jur.*, n° 965. — Pothier, *Oblig.*, n° 113.

officieusement s'immiscer dans l'administration de ses affaires. Cependant, cette immixtion est en elle-même un fait licite que la loi ne prohibe point, que la morale et l'équité approuvent, pourvu qu'elle ne soit pas dirigée par des vues d'intérêt personnel et une pensée d'appropriation frauduleuse.

6. Le Code ne s'occupe ici spécialement que de deux quasi-contrats: celui qui résulte de la gestion d'affaires (1) (1372-1375), et celui qui résulte de la réception de l'indû (2) (1376-1381). Ce sont aussi les seuls dont nous aurons à traiter.

Mais l'on comprend qu'il en existe beaucoup d'autres. Car il y a une infinité de faits licites et volontaires, desquels résultent des engagements unilatéraux ou réciproques, sans qu'il soit intervenu entre les parties aucune convention.

Tels sont les engagements qui résultent de l'adition d'une hérédité, soit de la part des cohéritiers entre eux, soit de leur part envers les légataires (3); ceux qui résultent entre copropriétaires de la copropriété ou de l'indivision d'une chose, lorsquelle naît d'un fait volontaire de leur part, comme de l'acceptation d'une donation ou d'un legs, sans qu'il soit intervenu entre eux aucune convention de société (4).

Tels sont enfin les engagements des tuteurs, de ceux au moins qui peuvent se dispenser de la charge de la tutelle. Car, s'ils ne pouvaient la refuser quand elle leur est déférée, les engagements qui en résulteraient seraient alors censés, d'après l'article 1370, naître de l'autorité seule de la loi. Cette distinction entre les engagements qui naissent d'une tutelle ou de toute autre fonction, suivant qu'elles peuvent ou ne peuvent pas être refusées, se fonde sur la combinaison de notre article avec l'article précédent. Mais elle n'était point faite par la loi romaine, qui classait indistinctement les engagements procédant de la tutelle au nombre de ceux qui naissent d'un quasi-

(1) Instit., *De oblig. quæ quasi ex contr. nasc.*, § 1.
(2) Instit., *ibid.*, § 6.
(3) Instit., *ibid.*, §§ 4 et 5.
(4) Instit., *ibid.*, § 3.

contrat, attendu qu'aucune convention n'intervient entre le tuteur et le pupille (1). Cette absence de tous rapports conventionnels entre eux est tout aussi incontestable dans notre droit français que dans le droit romain. Mais il est également vrai, au point de vue de la classification des sources diverses des engagements, que, d'après les principes de notre droit moderne, il n'y a de tutelle produisant de quasi-contrat proprement dit que celle qui peut être refusée, tandis, au contraire, que celle qui ne peut l'être produit des engagements purement légaux. Peu importe au surplus, dans l'application, cette distinction simplement théorique, qui n'exerce aucune sorte d'influence sur l'étendue et la portée des engagements à titre tutélaire.

Quant aux autres administrateurs, nous ferons la même distinction. Les engagements qui résultent de l'acceptation de leurs fonctions sont purement légaux, comme résultant de l'autorité seule de la loi, s'ils ne peuvent refuser les fonctions qui leur sont déférées. Mais ils résultent d'un quasi-contrat proprement dit, si ces fonctions peuvent être refusées par eux, aucune convention n'étant d'ailleurs intervenue, ou d'un véritable contrat librement et volontairement consenti, si la collation de ces fonctions est le résultat d'une convention formée entre ceux qui les acceptent et ceux qui les défèrent, soit par eux-mêmes, soit par leurs représentants conventionnels ou légaux.

7. La transmission des droits et obligations, qui s'opère tant activement que passivement à l'égard des héritiers, successeurs et ayants-cause, est sans influence sur le caractère de la source primitive des engagements. Ils continuent de résulter, suivant la nature de leur origine, bien que les personnes soient différentes, d'un contrat ou de la loi, soit que la loi les fasse naître de son autorité seule, ou à l'occasion d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. Celui qui a contracté avec l'au-

(1) Instit., *ibid.*, § 2.

teur du débiteur ou créancier actuel, bien qu'aucune convention ne soit intervenue entre lui et ce dernier, aura ainsi les mêmes droits et sera tenu des mêmes engagements, au même titre et avec les mêmes caractères, sans qu'on puisse prétendre que la transmission de ces droits et engagements ait été l'occasion d'un quasi-contrat, dans les rapports des personnes entre elles. C'est que, par l'effet de la fiction légale, les héritiers, successeurs et ayants-cause pour lesquels on est censé contracter aussi bien que pour soi, représentent leurs auteurs tant activement que passivement.

8. Si le Code ne traite ici que des deux quasi-contrats résultant de la gestion d'affaires ou de la réception de l'indû, c'est qu'il s'est occupé ailleurs des autres quasi-contrats, sous des titres particuliers. Ce sont aussi les seuls que nous examinerons ici.

Article 1372.

Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire. — Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire.

Article 1373.

Il est obligé de continuer sa gestion encore que le maître vienne à mourir avant que l'affaire soit consommée, jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction.

Sommaire.

1. C'est le préteur qui a introduit l'action *negotiorum gestorum*.
2. Le quasi-contrat de gestion d'affaires est la gestion sans mandat des affaires d'autrui.

3. Il faut qu'il n'y ait pas de mandat. Conséquence.
4. Sens du mot, volontairement, qui se trouve dans le texte de l'article 1372.
5. Toute gestion suppose une ou plusieurs affaires gérées.
6. Il y a nécessairement un gérant et un maître.
7. Peu importe que le gérant ait fait l'affaire d'un tel croyant faire celle d'un autre.
8. Il n'y a pas gestion d'affaires dans le fait de celui qui, suivant son droit et dans son seul intérêt, agit sur sa propre chose.
9. Il suffit que le tiers ait intérêt à la gestion de l'affaire.
10. Bien que le tiers y soit sans intérêt dans le principe, il peut s'obliger par son approbation ultérieure.
11. Il est indifférent que le maître connaisse la gestion ou qu'il l'ignore.
12. Si, sous le Code, il existe des mandats tacites?
13. Suite. Sens de l'article 1372. Le silence seul du maître, joint à sa connaissance, ne suffit pas pour conférer mandat tacitement.
14. Suite. Circonstances abandonnées à l'appréciation du juge.
15. Suite. Il faut qu'il en résulte un concours de volontés concordantes.
16. Importance pratique de la question.
17. Comment se prouve le mandat tacite?
18. Il importe peu que le gérant ait eu ou non l'intention de faire l'affaire d'autrui.
19. *Quid*, si le gérant administre avec l'intention de gratifier le maître?
20. *Quid*, s'il gère en vue de ses intérêts et même *animo deprædandi?*
21. Il naît de la gestion d'affaires une action directe et une action contraire.
22. Analogie de la gestion d'affaires avec l'exécution d'un mandat.
23. Qui s'entremet doit achever,
24. Même après la mort du maître. Différences entre le mandataire et le gérant.
25. Le gérant est responsable pour ce qu'il n'a pas fait, si son immixtion a empêché d'autres personnes de gérer à sa place.
26. Que doit-on entendre par dépendances de l'affaire?.
27. Il suffit que le maître ou ses héritiers soient prévenus en temps utile.
28. Le gérant peut être déchargé s'il a une cause légitime de discontinuer sa gestion.
29. Si les héritiers du gérant sont tenus de continuer sa gestion.
30. Rapprochement des articles 1991 et 1373.

COMMENTAIRE.

1. C'est le droit du préteur qui introduisit dans le droit romain l'action *negotiorum gestorum*, d'affaires gérées ou de gestion d'affaires. Afin de ne pas laisser sans surveillance et sans

administration les affaires des absents ou de tous autres hors d'état de les gérer, il assurait à celui qui les avait gérées l'action de gestion d'affaires, qui n'était elle-même que la contrepartie de celle qui, au même titre et sous la même dénomination, appartenait au propriétaire pour se faire rendre compte. Elle était surtout fondée sur l'intérêt que ce dernier avait à ce que ses choses fussent administrées, *quoniam magna utilitas absentium versatur* (1); et, à ce caractère, il est facile de reconnaître son origine prétorienne.

Le droit romain a consacré des textes nombreux pour déterminer les circonstances, les conditions, les caractères, l'étendue et les effets de cette action dite de bonne foi (2), qui a dû nécessairement jouer un grand rôle chez un peuple où l'empire des mœurs, l'exercice des fonctions publiques, les nécessités de la guerre et l'administration des conquêtes, obligeaient les citoyens à de fréquentes et lointaines absences.

Notre Code résume en quatre articles seulement les principes qui la régissent. Mais ils fournissent un texte assez fécond aux développements du commentaire.

2. Le quasi-contrat de gestion d'affaires n'est rien autre chose que la gestion sans mandat des affaires d'autrui. Ce fait, suivant la nature des actes accomplis, donne lieu à des obligations unilatérales ou réciproques, comme s'il était intervenu une convention entre celui qui a géré et le maître de la chose. Ce n'est pas que la loi feigne ou suppose un consentement tacite quelconque de leur part. Cette fiction est inutile et inadmissible. Les engagements qui résultent de ce quasi-contrat sont uniquement fondés sur les nécessités mêmes de la vie sociale et les principes d'équité naturelle.

Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, dit l'article 1372, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite...

(1) L. 1, *ff. Neg. gest.*

(2) Instit., *De action.*, § 28.

Arrêtons-nous à cette définition du quasi-contrat de gestion d'affaires, car elle a besoin d'être complétée.

3. Il faut d'abord et essentiellement que la gestion ait lieu sans mandat, sans ordre; s'il existait, en effet, une procuration quelconque, il n'y aurait plus un simple quasi-contrat, mais bien un contrat véritable, et les obligations qui naîtraient d'une pareille gestion seraient exactement celles qui résultent du mandat, et non point seulement des obligations analogues et semblables (1).

Mais il importe peu que le gérant ait cru avoir un ordre, si en réalité il n'en avait aucun, ou n'en avait qu'un qui fût nul. Il y a toujours quasi-contrat de gestion d'affaires, et non contrat de mandat (2).

Il en est de même pour tous les actes que le mandataire accomplit par excès de ses pouvoirs et en dehors des termes de son mandat (3). Aussi, y a-t-il une foule de cas où le mandant se trouve obligé, sinon par son mandat, du moins par la gestion d'affaires dont ce mandat a été l'occasion.

Si le gérant, *negotiorum gestor*, a agi sur le mandat d'un tiers, mais sans l'ordre du maître, il a, outre l'action de mandat contre le premier, l'action de gestion d'affaires contre celui-ci; et, réciproquement, il est tenu des mêmes actions (4).

4. Que signifie le mot, volontairement, qui se trouve dans notre article pour qualifier la gestion qui constitue le quasi-contrat dont il s'agit? Ce mot n'a de sens que par opposition aux engagements qui résultent involontairement de l'autorité seule de la loi, ou de faits involontaires qui constituent des délits ou des quasi-délits. L'article 1371, ayant défini les quasi-contrats des faits purement volontaires de l'homme, l'article

(1) L. 6, § 1, *ff. Mand.*

(2) L. 5, *ff. Neg. gest.* — POTHIER, Quasi-contrat de gestion d'affaires, *negotiorum gestorum*; en appendice au Traité du Mandat, n° 176.

(3) POTHIER, n° 177.

(4) L. 3, § 11, *ff. Neg. gest.* — L. 14, C. *Neg. gest.* — POTHIER, n° 179.

1372 ne fait que consacrer de plus en plus cette définition en parlant d'une gestion volontaire (1).

Il y a même certains cas où l'action pour gestion d'affaires compète non seulement pour des faits volontaires, mais encore et également pour des faits nécessaires; *negotiorum gestorum actio non modo pro gestis ex voluntate, sed æquè pro gestis ex necessitate competit* (2). Tel est le cas où une dette indivisible est acquittée. Celui qui a payé a, pour exercer son recours, une action fondée sur la gestion d'affaires. Et cette gestion est alors forcée, puisqu'il est tenu de payer la dette à laquelle il est obligé. Mais si cette dette a son principe dans une convention ou dans un fait volontaire, la gestion d'affaires qui en est la conséquence a également son principe dans la volonté.

5. Toute gestion d'affaires suppose essentiellement une ou plusieurs affaires gérées; *negotia sic accipe, sive unum, sive plura* (3). Seulement, si de plusieurs affaires gérées, l'une l'a été sans ordre, et l'autre sur mandat, il y aura contrat pour celle-ci, quasi-contrat pour l'autre (4). Ce mot, affaires, a, du reste, le sens le plus général.

6. Le concours de plusieurs personnes réelles ou fictives, comme une succession vacante (5), est indispensable pour constituer le quasi-contrat de gestion d'affaires; c'est-à-dire qu'il faut un gérant et un maître. Il s'ensuit que si le gérant, croyant gérer l'affaire d'autrui, gère en réalité la sienne, il n'y a pas de quasi-contrat (6), et que si l'affaire ne concerne qu'en partie le gérant, et pour le surplus un tiers, pour ce surplus seulement il y a quasi-contrat (7).

7. Peu importe que le gérant ait cru faire l'affaire de telle

(1) TOULLIER, T. 11, n° 28. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 180, n^te 3.
(2) DUMOULIN, *Div. et indiv.*, P. 2, n° 178.
(3) L. 3, § 2, *ff. Neg. gest.*
(4) L. 32, *ff. Neg. gest.* — POTHIER, n° 177.
(5) POTHIER, n° 174.
(6) L. 6, § 4; l. 23, *ff. Neg. gest.*
(7) L. 6, § 4; l. 31, § 7, *ff. Neg. gest.* — POTHIER, n°s 169 et 170.

personne, et ait fait celle d'une autre qu'il n'avait pas en vue. Il a envers cette dernière, et réciproquement elle a envers lui, l'action de gestion d'affaires (1).

Si donc j'ai géré l'affaire de plusieurs, croyant par erreur faire l'affaire d'un seul, tous les cointéressés ont contre moi, comme j'ai contre eux, l'action de gestion d'affaires. Et, si j'avais rendu compte à celui dont je croyais gérer l'affaire exclusivement personnelle, et que je fusse poursuivi par les autres en reddition de compte de gestion, j'aurais le droit de l'appeler à ma garantie pour qu'il me défende et me rende indemne (2).

8. Il n'y a point de quasi-contrat de gestion d'affaires donnant lieu à aucune action, lorsque les faits prétendus de gestion ont été accomplis sur la chose du soi-disant *negotiorum gestor*, dans son intérêt exclusif, suivant son droit absolu, alors même qu'il en serait résulté un bénéfice pour un tiers étranger. Tant mieux pour ce dernier, sans qu'il soit tenu d'aucune indemnité; car on ne peut dire qu'il se soit enrichi aux dépens d'autrui, en profitant, contre l'intention de celui qui l'a faite, d'une opération qu'un autre a accomplie exclusivement en vue de son intérêt personnel.

Ainsi, le propriétaire qui a fait pour lui, sur son propre fonds, des travaux d'endiguage, n'a pas l'action de gestion d'affaires ou *de in rem verso*, contre ceux qui ont profité également de ces travaux (3).

9. Il suffit que le tiers soit intéressé à la gestion de l'affaire, quoiqu'elle ne soit pas, dans le sens absolu du mot, la sienne propre, mais pourvu qu'il ait intérêt à ce qu'elle se fasse, comme en étant personnellement chargé et responsable. Tel est le cas du tuteur qui est obligé envers le gérant par la gestion des affaires de son pupille (4).

(1) L. 5, § 1; l. 45, § 2, *ff. Neg. gest.* — POTHIER, n° 194.

(2) L. 31, § 1, *ff. Neg. gest.* — POTHIER, n° 195.

(3) Grenoble, 12 août 1836. SIREY, 37, 2, 230. — Cass., 6 nov. 1838. SIREY, 39, 1, 160.

(4) L. 6, *ff. Neg. gest.* — POTHIER, n° 171. — DURANTON, T. 13, n° 639.

10. Bien que, dans le principe, l'affaire ne concerne point celui pour qui elle est gérée, néanmoins cette gestion peut l'obliger plus tard, lorsque, par sa ratification ultérieure, il se l'est appropriée. Ainsi, vous ratifiez le payement fait en mes mains par une personne qui croyait vous devoir, et qui en réalité ne vous devait rien. Comme votre ratification vous oblige personnellement à la restitution de l'indû, vous avez intérêt à ce que je vous tienne compte du payement que j'ai reçu. Vous avez ainsi contre moi l'action *negotiorum gestorum* (1).

Mais il en est autrement lorsque l'approbation donnée à la gestion n'oblige en rien celui qui la donne. Tel est le cas où, croyant faire votre affaire, je fais à une maison ruineuse, qui ne vous appartient pas, des réparations que vous approuvez. Comme cette ratification ne fait point que vous en soyez plus riche, ni que ce soit votre propre affaire, il n'y a point entre nous de quasi-contrat (2).

Toutefois, si cette approbation émanée de vous avait été donnée dans des termes tels qu'il en résultât l'engagement pris par vous, en connaissance de cause, de m'indemniser de mes impenses, à la place et pour le compte du propriétaire véritable, vous devriez satisfaire à votre obligation. Mais, encore dans ce cas, vous n'en seriez point tenu simplement à titre de gestion d'affaires, mais bien en vertu de la convention intervenue entre nous.

11. Autrefois, dans la subtilité du droit, il fallait, pour que le quasi-contrat de gestion d'affaires existât, que la chose eût été gérée à l'insu du maître. Tolérer la gestion d'un tiers, en connaissance de cause, supposait de sa part un mandat. Toujours celui qui ne s'oppose pas est censé donner mandat d'agir pour lui, dit la loi romaine; *semper qui non prohibet pro se intervenire mandare creditur* (3). Mais, dans les principes du

(1) L. 6, §§ 9 et 10, *ff. Neg. gest.*—POTHIER, n°s 172, 212.—DURANTON, T. 13, n°s 641, 665. — TOULLIER, T. 11, n° 41.
(2) L. 6, § 11, *ff. Neg. gest.* — POTHIER, n° 172.
(3) L. 60, *ff. De reg. jur.* — POTHIER, n° 180.

Code, il est indifférent que le propriétaire connaisse la gestion ou qu'il l'ignore (1372).

12. A ce sujet, on s'est demandé s'il admettait le mandat tacite. Ce point n'était pas douteux sous l'empire du droit romain. Le contrat de mandat pouvait se former tacitement (1). On disait, par forme de règle générale, que la seule souffrance supposait un mandat; *sola patientia inducit mandatum*. Et ces principes avaient passé dans notre ancienne jurisprudence française (2).

Mais plusieurs auteurs pensent aujourd'hui que le Code s'en est écarté, et que, si l'acceptation du mandat peut être tacite, d'après l'article 1985, le mandat lui-même ne peut se former tacitement; que le mandant enfin doit exprimer formellement sa pensée à cet égard, sans qu'on soit autorisé à l'induire de certaines circonstances de fait, et encore moins du silence qu'il aurait gardé en connaissance de cause. Ils se fondent surtout sur ce que l'article 1372 semble, par ces termes : soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, conserver à cette gestion le caractère d'un simple quasi-contrat, dans le cas même où le propriétaire, la connaissant et pouvant l'empêcher, ne s'y oppose point et garde le silence (3).

D'autres pensent également que le Code a abrogé le mandat tacite, au moins d'une manière générale. Mais sans être aussi absolus que les premiers, ils admettent que, dans certains cas, la force même des choses a fait introduire et accepter par le législateur le mandat tacitement formé (4). Les articles 1922 et 1578 en fournissent des exemples, et tels sont encore les cas où la remise des titres vaut mandat pour un officier ministériel.

D'autres enfin, et telle est la jurisprudence générale des

(1) L. 6, § 2; l. 18; l. 53, *ff. Mand.*

(2) POTHIER, *Mandat*, n° 29.

(3) TOULLIER, T. 11, n° 25. — PROUDHON, *Usufr*, T. 3, n° 1327.

(4) DURANTON, T. 18, n° 218. — DELAMARRE et LEPOITEVIN, *Commission*, n° 70 et suiv.

arrêts, admettent pleinement, sous le Code, le mandat tacite. Mais la divergence commence entre eux, aussitôt qu'il s'agit de savoir par quels faits, par quelles circonstances cette convention de mandat sera censée formée. Les uns (1) pensent que le seul silence de la personne qui, connaissant la gestion de ses affaires par un tiers, ne s'y oppose pas, n'emporte pas mandat tacite, l'article 1372 ne voyant dans ce cas qu'une simple gestion d'affaires. D'autres (2) estiment, au contraire, que le mandat peut résulter tacitement de la connaissance et du silence du maître, exactement comme sous les principes du droit romain.

Nous croyons aussi que, sous le Code, le contrat de mandat peut être tacitement formé. Il n'apparaît pas, en effet, que le législateur moderne ait voulu s'écarter des principes consacrés par le droit romain et notre ancienne jurisprudence, au point de proscrire absolument le mandat tacite. Une pareille innovation ne serait fondée sur aucun prétexte ; et si elle eût été proposée, d'excellentes raisons se présentaient pour la combattre. Ceux-là mêmes qui pensent que le mandat tacite n'existe plus n'expriment cette pensée qu'avec regret, et ne peuvent s'empêcher de reconnaître que ce retranchement du mandat tacite forme une disparate avec les autres contrats qui peuvent se former par le consentement tacite des parties (3). Mais il était plus simple de le maintenir, pour ne pas avoir à en regretter l'abrogation ; et c'est ce que nous aimons mieux faire.

Le mandat est un de ces contrats consensuels où l'expression du consentement n'est soumise à aucune forme substantielle. Aussi, la preuve testimoniale en est-elle admissible suivant les règles générales qui concernent les obligations. La nature juridique du mandat est donc un premier argument en faveur du mandat tacite. L'article 1985, en disant que l'ac-

(1) DELVINCOURT, T. 3, pag. 238. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 123, n^{te} 3.
(2) TROPLONG, *Mandat*, n°s 114 et suiv., 130 et suiv.
(3) TOULLIER, T. 11, n° 26.

ceptation du mandat peut n'être que tacite, favorise cette pensée plus qu'il ne la combat; car on ne comprend pas comment l'un des termes du contrat pourrait s'établir tacitement, sans que l'autre pût être établi de la même manière.

Pour démontrer que le Code a retranché le mandat tacite, il faudrait prouver que, par une disposition exceptionnelle et par dérogation aux anciens principes, il en a expressément prononcé l'abrogation. Bien loin qu'une semblable disposition existe, il y en a, au contraire, plusieurs qui toutes concourent à témoigner que le législateur moderne a lui-même consacré l'existence du mandat tacite. Qu'est-ce donc que le consentement tacite de l'article 1922, la ratification tacite de l'article 1998? Et quand l'article 1578 dispense de rendre compte des fruits consommés le mari qui a joui des biens paraphernaux de sa femme, sans mandat et néanmoins sans opposition de sa part, cette disposition n'est-elle pas fondée sur la pensée d'un mandat donné tacitement? La jurisprudence n'a-t-elle pas été en quelque sorte contrainte, par les nécessités des relations sociales, d'introduire dans une foule de cas le mandat tacite? Comment le législateur moderne aurait-il méconnu des besoins sociaux que la législation antérieure révélait elle-même, en même temps qu'elle leur assurait une complète satisfaction?

On ne saurait raisonnablement prétendre que les diverses dispositions que nous venons de citer, et les décisions de la jurisprudence que nous rappellerons plus loin, au lieu d'être l'expression d'un principe de droit commun, appuyé sur la théorie générale des contrats, ne sont, au contraire, que l'établissement d'exceptions particulières fondées sur des circonstances toutes spéciales. En l'absence d'une dérogation expresse, la règle reprend, en effet, toujours son empire, sans que même elle ait besoin d'être formellement et incessamment consacrée. Qu'est-ce donc lorsqu'elle se trouve reproduite dans plusieurs dispositions qui en multiplient, dans des hypothèses particulières, la consécration formelle?

13. C'est dans l'article 1372 que l'on prétend trouver la preuve de l'abrogation du mandat tacite. On dit qu'il ne reconnaît que les caractères d'un quasi-contrat à la gestion qui a eu lieu au su du maître, comme à celle qui a eu lieu à son insu. Donc, ajoute-t-on, il ne suffit pas que le maître ait connaissance de la gestion d'un tiers, et qu'il ait gardé le silence, pour qu'un mandat soit censé intervenu. Ce serait alors un mandat tacite; or, comme tel, la loi le repousse; donc, en principe, elle proscrit tout mandat qui ne serait que tacite.

Sont-ce bien là le sens et la portée de l'article 1372? On peut d'abord lui donner cette première interprétation, qui résulte de son texte littéral : Il s'agit de déterminer les engagements du gérant; or, d'après notre article, il contracte l'engagement tacite d'achever la gestion qu'il a commencée. On aurait pu douter que cet engagement existât également lorsque le maître connaissait la gestion, puisqu'il pouvait reprendre à chaque instant l'administration de ses affaires. L'article 1372 dissipe toute espèce de doute à cet égard, en disposant que le gérant est tenu des mêmes engagements, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore. Ainsi entendu, il s'en faut de beaucoup qu'il pose en principe l'abrogation du mandat tacite.

Cette interprétation, qui se présente la première, n'est cependant pas la seule, et il en est une autre suivant laquelle la connaissance du propriétaire, dont parle notre article, est considérée dans ses rapports avec l'existence d'une ratification tacite ou d'un mandat tacite. Au point de vue de cette seconde interprétation, il nous semble incontestable que la loi moderne ne déduit pas de la connaissance du maître les mêmes conséquences que la loi romaine. Celle-ci en faisait résulter une présomption de mandat; le Code n'en tire pas les mêmes inductions. La gestion d'affaires, quoique le maître la connaisse et se taise, reste avec les caractères d'un simple quasi-contrat.

Mais quelle est cette connaissance? Suivant M. Troplong (1),

(1) *Mandat*, nos 72, 131.

il s'agit de celle qui ne s'acquiert qu'après coup, après la gestion commencée et pendant qu'elle se poursuit. A l'époque où elle intervient, elle ne saurait modifier la nature de l'action qui, étant née d'un simple fait de gestion d'affaires, conserve cette qualification que l'absence de tout mandat antérieur lui a imprimée dès le principe (1); de telle sorte qu'en admettant même que cette connaissance ultérieurement acquise, de la part du maître, valût ratification, il n'y aurait encore lieu qu'à l'action dérivant du quasi-contrat de gestion d'affaires (2). Sous ce rapport et ainsi entendu, l'article 1372 ne s'écarterait pas des principes du droit romain.

Mais il ne prévoit pas seulement cette connaissance acquise à une époque postérieure au commencement de la gestion. Son texte ne fait aucune distinction, et ne permet d'en faire aucune entre cette connaissance et celle qui concourt avec le début, avec le principe même de la gestion (3). Les paroles des orateurs du gouvernement et du tribunat (4), faisant allusion à une connaissance intervenue après coup, peuvent bien présenter un côté de l'interprétation de l'article 1372; mais elles ne sauraient, contre son texte, en limiter et restreindre le sens. Or, quant à la connaissance qui concourt avec le commencement de la gestion, elle n'équivaut plus aujourd'hui à un mandat; et, à cet égard, le Code s'est écarté des principes du droit romain.

Reste à examiner jusqu'à quel point : c'est en ce sens seulement que la seule connaissance de la gestion et le silence du maître ne suffisent plus pour constituer tacitement un mandat en faveur du prétendu gérant. Nous nous rangeons ainsi à l'opinion de MM. Delvincourt et Zachariæ, de préférence à celle de M. Troplong, et surtout des auteurs qui n'admettent pas que le mandat puisse être tacitement conféré.

On ne saurait, en effet, logiquement conclure des dispositions

(1) L. 20, § 1, *ff. Mand.*
(2) L. 6, §§ 9 et 10; l. 9, *ff. Neg. gest.* — L. 9, C. *Neg. gest.*
(3) *Contrà*, Troplong, *Mandat*, n° 131.
(4) Voy. Fenet, t. 14, pag. 466, 471.

de l'article 1372 que le Code ait supprimé toute espèce de mandat tacite. La seule conclusion que l'on puisse en tirer, c'est que lorsqu'un tiers s'est immiscé dans la gestion des affaires d'autrui, la connaissance qu'en a le propriétaire, soit qu'il l'ait acquise au début ou dans le cours de la gestion, ne suffit point toute seule, avec le silence sans opposition, pour conférer tacitement et implicitement un mandat. Mais cette connaissance et ce silence ne sont pas les seuls modes de mandats tacites. Car, en disant mandat tacite, on dit toute espèce de mandat où le consentement n'est pas formellement exprimé, et où il résulte seulement de faits, d'actes, de circonstances. Le législateur a donc fort bien pu, et c'est ce qu'il a fait, écarter le silence seul gardé en connaissance de cause, comme inefficace pour constituer un mandat, sans pour cela repousser indistinctement tous les autres modes de mandat tacite. Il s'agit, en effet, uniquement de savoir si le consentement est suffisamment manifesté d'une manière certaine et non équivoque, quels que soient d'ailleurs les faits, actes et circonstances qui témoignent de sa réalité. Or, on peut dire de l'opinion contraire qui supprime tout mandat tacite, qu'elle fait violence à la raison et à la nature du mandat.

14. Le dissentiment qui divise les auteurs qui admettent le mandat tacite est, du reste, plus dans les mots que dans les choses. Cette observation s'applique même, d'une manière générale, à toutes les questions de théorie qui, dans la pratique, sont dominées par le point de fait. Quand donc M. Troplong dit que le mandat tacite résulte suffisamment de la connaissance et du silence du maître, ce ne peut être, à coup sûr, en les considérant isolément et indépendamment de toute autre circonstance qui en explique le sens et en révèle la véritable intention. Si, en effet, l'article 1578 est une preuve que le mandat tacite existe encore aujourd'hui, il sert en même temps à établir que la connaissance seule sans opposition est insuffisante pour constituer tacitement un mandat. Nous disons, la connaissance seule indépendamment de toute autre circonstance

particulière de fait ; car, dans l'hypothèse de l'article 1578, il s'agit de rapports entre mari et femme, entre personnes qui sont unies par des liens de telle nature que leurs relations, plus encore que leur silence, établissent une première présomption de mandat.

D'un autre côté, quand M. Zachariæ dit que le seul silence d'une personne qui, ayant connaissance de la gestion de ses affaires par un tiers, ne s'oppose pas à cette gestion, ne doit pas être considéré aujourd'hui comme emportant un mandat tacite, il ne fait qu'exprimer réellement la même pensée ; seulement, il l'exprime en des termes différents. Remarquons, en effet, qu'il dit, le seul silence ; de telle sorte que si le silence du maître, joint à la connaissance de la gestion, n'est pas seul, s'il concourt avec des faits positifs, avec des actes extérieurs, des circonstances particulières qui en signalent la véritable intention, les juges sont alors autorisés, sans qu'on puisse leur opposer les termes de l'article 1372, à reconnaître l'existence d'un mandat ou d'une ratification tacite (1).

Quant aux circonstances qui sont de nature à donner au silence du maître, joint à sa connaissance de la gestion du tiers, la suffisance et l'autorité que seul il n'aurait pas, elles sont naturellement abandonnées à l'appréciation souveraine des tribunaux, de même que toutes les autres questions de preuve qui gisent en fait. La nature des rapports qui lient le maître et le gérant sera elle-même un des premiers et des plus puissants indices. Telles sont les relations entre époux (2), entre cohéritiers, copropriétaires, entre officier public et client (3).

Ainsi comprise, la loi nous paraît pleine de raison et de sagesse. Le silence seul gardé par le maître en connaissance

(1) Cass., 24 mars 1830. Dalloz, 31, 1, 29.—23 mars 1831. Dalloz, 31, 1, 169.— 10 juin 1841. Sirey, 41, 1, 861.

(2) Cass., 25 janv. 1821. Sirey, 21, 1, 177.

(3) Toulouse, 30 mai 1829. Dalloz, 30, 2, 181.—Cass., 3 déc. 1835. Dalloz, 36, 1, 17. — 19 mars 1845. Sirey, 45, 1, 262. — 5 août 1847. Sirey, 48, 1, 206.

de la gestion de sa chose par un tiers, est en effet un moyen de preuve trop incertain pour établir l'existence d'un mandat. En foudant sur de pareils éléments une présomption légale, la loi romaine était trop absolue, et le législateur moderne s'est montré, suivant nous, beaucoup plus sage et plus prudent, en abandonnant au juge le soin de décider cette question d'après l'appréciation des circonstances. Tel nous semble être, en définitive, le véritable sens de l'article 1372.

15. Mais nous devons maintenant indiquer sous quelles conditions le silence du maître et sa connaissance de la gestion du tiers, peuvent, suivant les circonstances, établir l'existence d'un mandat tacite.

Il faut d'abord que le maître ait pu s'opposer à cette gestion, et qu'il ne l'ait pas fait. Ainsi, toutes les fois que le gérant aura eu, en une qualité autre qui n'implique pas nécessairement un mandat, le droit de faire les actes de gestion qu'il a consommés, le silence et l'inaction du maître seront de nulle valeur, puisqu'il était dans l'impuissance d'empêcher.

Remarquons ensuite que le mandat tacite, comme le mandat exprès, se fonde essentiellement sur le concours de volontés concordantes, et que les faits et circonstances qui sont alors soumis à l'appréciation du juge, ne sont considérés que comme des éléments de preuve propres à établir la convention tacite de mandat. Ils doivent donc témoigner de cet accord de volontés qui constitue le contrat. Il faut, en un mot, qu'il en résulte la preuve, d'une part, que le maître a entendu conférer mandat, et, d'autre part, que le gérant a entendu accepter ce mandat, et qu'il a agi en conséquence dans les faits de gestion qu'il a accomplis. Si le gérant seul avait eu l'intention d'agir comme mandataire, ou si le maître seul avait eu la pensée de conférer mandat, il n'y aurait pas accord de volontés corrélatives, conséquemment pas de convention de mandat. Il resterait seulement un quasi-contrat de gestion d'affaires.

16. Or il n'est pas indifférent, pour le règlement des droits

et des obligations réciproques des parties, qu'il soit intervenu entre elles un mandat tacite, ou qu'il n'y ait eu qu'une simple gestion d'affaires. Nous aurons à signaler des différences notables entre ces deux situations, sous le rapport, soit de la capacité des parties, soit du remboursement des impenses, soit enfin du règlement des intérêts pour les sommes respectivement dues.

17. Lorsqu'il s'agit de mandat tacite, il ne faut pas croire que la preuve testimoniale ou les présomptions soient admissibles pour établir l'existence de ce mandat, quelle qu'en soit l'importance. Ce serait un moyen d'éluder la loi et surtout l'article 1985. S'il s'agit d'un intérêt supérieur à cent cinquante francs, il faut que les faits dont on prétend faire résulter l'existence d'un mandat tacitement conféré, soient préalablement établis d'une manière légale, soit par un aveu, une reconnaissance, un interrogatoire, en un mot, par une preuve écrite ou par un commencement de preuve par écrit. Alors seulement, le juge en étant légalement instruit peut les apprécier comme moyens de preuve touchant l'existence d'un mandat tacite (1).

Dans tous les cas, à défaut d'un mandat conventionnel, il reste toujours le quasi-contrat de gestion d'affaires, qui, reposant sur des faits et actes dont il est impossible de retirer une preuve écrite, peut toujours être établi au moyen de la preuve testimoniale (2).

18. Suivant Pothier (3), le quasi-contrat *negotiorum gestorum* n'existe parfaitement que lorsque le gérant a eu l'intention de faire l'affaire d'une personne tierce, et qu'il a eu la volonté formelle de répéter d'elle les frais de sa gestion. Mais ce n'est de sa part, ainsi qu'il le déclare, qu'un hommage rendu à la subtilité du droit; car il ne laisse pas de reconnaî-

(1) Voy. 1348, n° 11.
(2) Voy. 1348, n°s 9 et suiv.
(3) N° 185.

tre, au nom de l'équité (1), en faveur du gérant qui a cru faire sa propre affaire, le droit de répéter ces frais contre le véritable propriétaire.

Il convient de bannir aujourd'hui cette vaine subtilité que le droit romain, cependant si formaliste, n'admettait pas. Ainsi, le jurisconsulte Africain accordait expressément l'action *negotiorum gestorum* à celui qui, croyant gérer sa propre affaire, gérait celle d'autrui; par exemple, au cas où, croyant être héritier, vous aviez acquitté les legs qui me concernaient comme étant le véritable héritier, et où vous aviez ainsi procuré ma libération (2). D'un autre côté, cependant, Julien et Paul n'accordaient à celui qui, se croyant héritier, avait réparé une maison de la succession, que le droit de rétention pour sauver ses impenses (3), et à celui qui avait bâti sur le terrain d'autrui, croyant bâtir sur le sien, que le droit, pour sauver ses déboursés, d'opposer l'exception de dol à l'action en revendication ou en désistat intentée par le propriétaire (4).

Mais aujourd'hui, ces actions particulières qui, sous le droit romain, dérivaient toutes de l'action plus générale et fondée sur l'équité, appelée *in factum*, sont comprises sous la dénomination de l'action pour gestion d'affaires. Aussi, l'intention du gérant n'est-elle d'aucune considération dans un quasi-contrat où les faits sont tout. Qu'importe que j'aie cru par erreur gérer ma propre affaire, et qu'effectivement j'aie géré celle d'un autre? N'y a-t-il pas eu, de ma part, un fait qui a tourné au profit d'un tiers, et ne suis-je pas fondé à agir contre lui à raison de cette gestion, quelle qu'ait été, en ce qui me concerne, l'intention qui y a présidé? Le maître n'a-t-il pas lui-même à me demander compte de mes actes? Il y a donc toujours, dans le sens général de l'article 1372, quasi-contrat de gestion d'affaires (5).

(1) Nos 186, 189.
(2) L. 49, *ff. Neg. gest.*
(3) L. 33, *ff. Condict. ind.*
(4) L. 14, *ff. De dol. mal. et met. excep.*
(5) TOULLIER, T. 11, no 22. — DURANTON, T. 13, no 648.

Mais les juges pourront prendre en considération la fausse opinion du gérant, afin de se montrer moins sévères dans l'appréciation de ses actes. Nous verrons enfin plus bas (1) que la croyance où il a été qu'il gérait sa propre chose, n'est pas sans influence sur la portée et l'étendue de son action en indemnité contre le propriétaire réel.

Telle est particulièrement la situation de celui qui gère une chose dont plus tard il est dépouillé par suite de l'annulation, de la rescision ou de la résolution du contrat qui lui en avait transféré la propriété. Par le fait, il se trouve alors avoir géré la chose pour le compte d'un autre.

19. Quant au gérant qui a agi sans aucune intention, ni formelle ni implicite, de répéter les frais de sa gestion, quelque rares que soient les cas d'une semblable libéralité, il n'a sans doute aucune action en répétition, puisqu'il a entendu gratifier le maître (2). Mais remarquons que le quasi-contrat de gestion d'affaires n'est alors imparfait que dans le sens des droits qu'aurait le gérant dans les cas ordinaires, s'il n'avait pas eu l'intention de se constituer donateur. La gratuité de sa gestion n'altère point, en effet, les obligations qui lui sont imposées comme gérant. Elles doivent seulement, en cas de mauvaise gestion, être appréciées avec d'autant plus de modération que son administration a été gratuite.

Comme toute renonciation, l'intention de ne point répéter les frais et impenses de gestion se présume difficilement. Diverses circonstances sont néanmoins de nature à l'établir; tels sont la qualité du gérant, proche parent du maître; sa fortune, alors que celui-ci est pauvre; la modicité des frais; le long silence gardé sans réclamation; l'omission de ces impenses dans des comptes antérieurs et multipliés. Mais ce ne sont là que de simples présomptions cédant à d'autres contraires (3).

(1) Voy. 1375, n° 16.
(2) L. 4, l. 27, § 1; l. 44, *ff. Neg. gest.* — Pothier, n° 187. — Voy. 1375, n° 25.
(3) Pothier, n° 197.

20. De même que le gérant a pu être déterminé à entreprendre la gestion des affaires d'un tiers par des sentiments d'affection et de dévoûment, il a pu y être poussé par des considérations d'intérêt personnel, soit qu'il ait cru par erreur et de bonne foi qu'il gérait sa propre chose, ou qu'il ait su qu'il se chargeait des affaires d'autrui. Le fait seul de la gestion, quels qu'en aient été les motifs et l'intention, n'en constitue pas moins le quasi-contrat de gestion d'affaires, du moment qu'il n'est intervenu entre les parties aucune convention de mandat.

Il est même indifférent que le gérant se soit immiscé dans la gestion qu'il a entreprise, avec une intention frauduleuse de lucre et de spoliation, *animo deprædandi*. Ses actes de gestion, considérés comme tels, donnent toujours lieu au quasi-contrat dont nous nous occupons, sans préjudice des dommages et intérêts qui peuvent d'ailleurs être réclamés contre lui, à raison de son délit ou quasi-délit. Mais, dans ce cas, ses actes, comme quasi-contrat de gestion d'affaires, doivent être appréciés avec d'autant plus de sévérité que c'est la cupidité et la mauvaise foi qui y ont présidé (1).

21. Après avoir déterminé les éléments constitutifs et les conditions essentielles du quasi-contrat de gestion d'affaires, nous devons indiquer les actions qui en naissent.

Il en résulte d'abord une première action principale et directe, *actio directa negotiorum gestorum*, qui appartient au propriétaire dont la chose a été gérée, et par laquelle il demande au gérant l'exécution de tous les engagements qu'il a contractés envers lui par le seul fait de sa gestion.

Cette première action est principale et directe, par opposition à l'autre action secondaire et contraire, *actio contraria negotiorum gestorum*, qui est exercée par le gérant, pour se faire indemniser par le maître de tout ce qu'il a fait de nécessaire, d'utile et d'avantageux à l'égard de la chose. Chacune de ces actions correspond ainsi à la nature des engagements

(1) Toullier, t. 11, n° 28. — Duranton, t. 13, n° 649.

imposés, et à l'étendue des droits conférés à l'un et à l'autre. Occupons-nous d'abord des obligations dù gérant.

22. Le quasi-contrat de gestion d'affaires, considéré dans sa fin et dans l'ensemble des faits qui le constituent, a une grande analogie avec l'accomplissement d'un mandat. Le mot lui-même de quasi-contrat exprime cette similitude, imparfaite sans doute sous plus d'un rapport, mais cependant assez marquée pour que l'on puisse établir entre les engagements qui naissent de la gestion d'affaires et les obligations qui naissent du mandat, un assimilation légalement exacte. Ce n'est pas, répétons-le encore, que la loi présume un accord de volontés tacitement exprimées, qu'elle établisse une fiction de consentement mutuel entre le gérant et le maître, pour en faire découler, comme s'il y avait entre eux une convention de mandat, les engagements respectifs qui les lient. Il est inutile de recourir à cette fiction qu'admettent la plupart des anciens auteurs, pour expliquer des engagements que la loi a fondés, de sa seule autorité, sur les principes incontestables de l'équité naturelle et de la bonne foi.

Quoi qu'il en soit, l'article 1372 assimile expressément, quant aux engagements qui en résultent, le quasi-contrat de gestion à la convention de mandat. Le gérant, dit-il, se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès qui lui aurait été donné par le propriétaire.

Cette disposition générale contient en principe et résume toutes les obligations du gérant envers le maître. Pothier (1) n'allait pas, dans l'expression, aussi loin que notre article ; il disait seulement que le quasi-contrat de gestion d'affaires forme des obligations réciproques semblables à celles qui résultent du contrat de mandat. Il n'y voyait ainsi que des rapports d'analogie et de ressemblance. Le Code n'entend pas exprimer une pensée différente, et ce serait exagérer le sens de ses termes que d'y voir une assimilation de tous points parfaite.

(1) N° 199.

Remarquons encore que l'article 1372 ne dit pas que, réciproquement, le maître se soumet envers le gérant à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès qu'il lui aurait donné. Cette dernière observation indique elle-même que l'assimilation que notre article établit entre les obligations du gérant et celle du mandataire, doit se restreindre à celui des engagements du gérant qu'il a principalement en vue dans ses dispositions.

23. En effet, le gérant contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même (1372). C'est surtout sous ce rapport qu'il est assimilé au mandataire.

« Qui s'entremet doit achever, dit Loisel (1); et qui commence et ne parfait le sien perd. »

24. Il est même obligé de continuer sa gestion, encore que le maître vienne à mourir avant que l'affaire soit consommée, jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction (1373).

Il doit enfin se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire (1372).

Telles sont aussi les obligations du mandataire (1991). De même qu'il est libre de ne pas accepter un mandat, de même il est obligé de l'exécuter, quand il s'en est chargé; *Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet* (2). *Et si susceptum non impleverit, tenetur* (3); et s'il ne le remplit pas, l'ayant accepté, il est responsable.

Mais il y a cette différence entre le mandataire et le gérant que le mandataire est tenu, sous peine de dommages et intérêts, d'accomplir son mandat dans toute son étendue, tandis que le gérant n'est responsable et comptable que de ce qu'il a bien voulu faire, et qu'il n'est tenu que d'achever l'affaire spéciale dont il s'est chargé, sans qu'il soit obligé de porter ses

(1) *Instit.*, liv. 3, tit. 2, n° 6.
(2) L. 22, § 11, *ff. Mand.*
(3) L. 5, § 1; l. 6, § 1; l. 27, § 2, *ff. Mand.*

soins à une affaire qui ne serait pas une dépendance de la première (1). C'est que les termes rigoureux du mandat précisent les bornes de l'administration du mandataire, et que la gestion du simple *negotiorum gestor* n'a d'autres limites que celles qu'y apporte sa volonté personnelle; car il en fait toujours assez, quand il veut bien s'occuper, même partiellement, des affaires d'autrui.

Mais ceci n'est vrai que des affaires distinctes, séparées, le gérant devant faire tout ce qui est une dépendance de l'affaire qu'il a commencé de gérer, et accomplir tout ce qui est nécessaire pour la mener à bonne fin.

En cas de mort du maître, il n'est pas tenu non plus d'étendre sa gestion à une autre affaire que celle commencée, si elle n'en est une dépendance et une suite. *Nova tamen inchoare necesse mihi non est; vetera explicare ac conservare necessarium est* (2); je ne suis pas obligé, simple gérant, d'entreprendre des affaires nouvelles; mais je dois parfaire et entretenir les affaires commencées.

25. Cependant, si le gérant avait entrepris la gestion en homme qui se charge de tout, qui se charge d'une administration générale, et que sa présence eût empêché d'intervenir d'autres personnes qui s'en sont rapportées à lui du soin de tout faire, et qui sans lui auraient géré en bon père de famille, le gérant serait obligé pour tout ce qu'il n'aurait pas fait lui-même. Telle est la décision de Julien (3). Il est ainsi responsable pour ne pas avoir fait ce qu'il a empêché, même sans le vouloir, d'autres de faire à sa place.

26. Quant à ce qui est une dépendance de l'affaire dont la gestion a été entreprise, il faut entendre par là tout ce qui est la suite immédiate, la conséquence prochaine, le complément nécessaire de l'opération, suivant sa nature. C'est un point

(1) L. 20, C. *Neg. gest.* — POTHIER, n° 200. — TOULLIER, T. 11, n° 31.
(2) L. 21, § 2, *ff. Neg. gest.*
(3) L. 6, § 12, *ff. Neg. gest.* — POTHIER, n° 202. — TOULLIER, T. 11, n° 34.

de fait dont l'appréciation souveraine est abandonnée aux tribunaux, qui doivent, dans l'examen des circonstances particulières, s'appliquer à ne pas trop étendre les obligations du gérant au-delà des justes limites que leur assigne l'équité.

27. Le maître et ses héritiers sont censés suffisamment en état de pourvoir eux-mêmes à la gestion de leurs propres affaires, lorsque le gérant les a prévenus en temps utile, quelle que soit d'ailleurs leur capacité et leur aptitude personnelle. Le gérant qui trouve la charge trop lourde ou trop onéreuse pour lui, ne saurait être tenu d'en rester, malgré lui, indéfiniment grevé. Du moment qu'ils sont avertis que la chose les regarde, et que le gérant ne peut ou même ne veut plus continuer sa gestion, c'est à eux qu'incombe l'obligation de prendre la direction de leurs affaires. Mais il doit les prévenir en temps utile, et éviter de le faire dans un moment inopportun et d'une manière par trop préjudiciable. Du reste, ces questions doivent être appréciées en équité, et non avec une sévérité excessive et injuste (1).

28. Si le gérant ne pouvait continuer sa gestion sans grand dommage pour lui, il pourrait, suivant les circonstances, être déchargé de l'obligation même d'achever l'affaire commencée. Car la rigueur des articles 1372 et 1373 est plutôt faite pour ceux qui se mêlent des affaires d'autrui à tort et à travers, que pour ceux qui, animés d'affectueux sentiments et poussés par un dévoûment désintéressé, ont entendu rendre un service d'ami. Il serait odieux que le bienfait tournât au préjudice du bienfaiteur. *Satis abundèque sufficit si cui, vel in paucis, amici labore consulatur* (2); c'est bien assez que, même en quelques affaires seulement, un ami veille aux intérêts d'un autre.

A plus forte raison, le gérant est-il autorisé à discontinuer sa gestion, quelque dommage que le maître en éprouve, lorsqu'il en a une juste cause, comme une maladie, un accident

(1) TOULLIER, t. 11, n° 33. — MALEVILLE, art. 1372.
(2) L. 20, C. *Neg. gest.*

fortuit. Il ne peut être traité plus rigoureusement que le mandataire (2007).

29. Les héritiers du gérant ne sont point, en général, tenus de continuer la gestion qu'il a entreprise, à moins que, étant majeurs et capables, ils ne s'y soient eux-mêmes immiscés, ou qu'ils ne puissent l'abandonner sans grave dommage pour le maître. La bonne foi et l'équité veulent alors que, au lieu de la déserter inopinément et à contre-temps, ils préviennent au moins ce dernier, pour qu'il ait à y pourvoir lui-même. Mais ils sont tenus d'accomplir tout ce qui en est une suite nécessaire (1).

30. D'après l'article 1991, le mandataire est tenu d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure. Il doit ainsi pourvoir à tout ce qui a un caractère d'urgence, et prendre toutes les mesures qu'exigent les besoins du moment, tant que les héritiers du mandant ne sont pas à même d'y pourvoir; et il est censé y avoir urgence pour tout ce qui est une suite immédiate et nécessaire de l'opération commencée. En un mot, le mandataire est tenu de parachever.

L'article 1373, en obligeant le gérant à continuer la gestion après le décès du maître, jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction, ne subordonne pas cette obligation à la condition qu'il y ait péril en la demeure. N'y ayant point de mandat, il ne saurait être question de révocation de pouvoirs. Du moment donc qu'il a volontairement et officieusement entrepris la gestion des affaires d'autrui, le gérant est tenu de la continuer, comme si le maître vivait encore. Car la mort de ce dernier est absolument indifférente, et ne modifie en rien les engagements tacites qu'il a contractés. Peu importe qu'il y ait ou non péril en la demeure; il doit prévenir les héritiers, et attendre qu'ils aient pu prendre la direction de leurs affaires. Sous ce rapport, il est traité plus rigoureusement que le mandataire.

(1) Pothier, 216.

Il en est encore de même à d'autres égards ; car celui qui s'immisce spontanément et sans ordre dans les affaires d'autrui n'est pas aussi favorable que le mandataire qui agit en vertu de pouvoirs réguliers.

Article 1374.

Il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille. — Néanmoins, les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant.

Sommaire.

1. Sévérité du droit romain quant aux fautes et négligences du gérant.
2. Le Code n'exige de lui que les soins d'un bon père de famille.
3. Le juge peut modérer les dommages et intérêts,
4. Et abaisser le degré des fautes imputables, suivant les circonstances.
5. L'article 1882 n'est pas applicable au gérant.
6. L'article 1848 lui est applicable.
7. Comment il ne répond pas des cas fortuits et de force majeure.
8. Il répond du mandataire qu'il s'est substitué.
9. Il importe peu que le gérant soit une personne légalement incapable.
10. Il est important de vérifier s'il y a mandat tacite.
11. Les engagements du gérant incapable envers les tiers avec lesquels il a contracté pour les besoins de sa gestion, sont soumis aux règles ordinaires.
12. Effets de la ratification du maître dans ce cas.
13. Le gérant doit compte de tout ce qu'il a reçu, même d'un tiers payant par erreur ce qu'il ne devait pas.
14. Il a dû exiger de lui-même ce qu'il devait au maître. Conséquences.
15. Mais il n'est pas responsable pour ne pas avoir poursuivi les tiers.
16. S'il est créancier, il doit se payer lui-même.
17. Si plusieurs ont géré conjointement, il n'y a pas solidarité entre eux.

COMMENTAIRE.

1. La raison dit et l'expérience démontre que c'est au moins une imprudence de s'immiscer dans les affaires des autres. La loi romaine va plus loin, elle dit que c'est une faute; *culpa est*

immiscere se rei ad se non pertinenti (1). Aussi, voulait-elle que le gérant apportât dans les actes de sa gestion les soins les plus exacts, *exactissimam diligentiam*; de telle sorte qu'il ne suffisait pas qu'il y employât les mêmes soins qu'il était accoutumé de mettre à ses propres affaires, si un autre plus soigneux avait dû gérer la chose d'une manière plus avantageuse (2).

Quelquefois cependant le gérant, au lieu d'être responsable de sa faute même très légère, ne l'était que de son dol; par exemple, lorsque, poussé par un sentiment d'affection, il s'était spontanément chargé des affaires d'un autre pour en prévenir et empêcher le désastre. La loi romaine considérait cette faveur comme très équitable, *æquissimum* (3).

2. Moins rigoureux en principe, le Code dispose que le gérant est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille. Ainsi, point de superlatif, point d'exagération. Les soins d'un bon père de famille suffisent; et il faut entendre par là, les soins que les hommes sages et prudents prennent ordinairement de leurs affaires. Mais ces soins eux-mêmes varient suivant la nature particulière de l'affaire à laquelle ils s'appliquent, et ils doivent être proportionnés à ce que l'opération entreprise présente de difficile et de délicat. Autrement, ce ne serait plus les soins d'un bon père de famille.

Celui-là donc qui ne se sent ni l'activité, ni la capacité, ni la diligence nécessaires, doit s'abstenir de toute gestion officieuse des affaires d'autrui. Ce serait une imprudence, une faute de sa part de l'entreprendre. Qu'il la laisse à d'autres plus actifs, plus capables et plus soigneux, que sa présence écarterait. Vainement, il y apporterait les soins avec lesquels il gère ses propres affaires; sa responsabilité ne laisserait pas d'être engagée, s'ils n'étaient pas conformes à ceux d'un bon père de famille. Notre article exige de lui plus qu'il n'est dans

(1) L. 36, *ff. De reg. jur.*
(2) Instit., *De obl. quæ quasi ex contr. nasc.*, § 1.
(3) L. 3, § 9, *ff. Neg. gest.*

l'habitude d'exiger de lui-même pour ses intérêts personnels, et il n'a pas, comme le mandataire, la ressource d'une excuse dans le choix volontaire d'un mandant qui a lui-même à s'imputer d'avoir mal et imprudemment placé sa confiance. Moins il y a dans la gestion d'affaires consentement et adhésion de la part du maître, plus le gérant est tenu envers lui d'exactitude et de soins.

Mais il ne doit rien au-delà des soins d'un bon père de famille. Fût-il même, pour ses affaires personnelles, un de ces hommes que leurs intérêts rendent tout zèle, tout activité et tout yeux, il lui suffirait encore de se conduire en bon père de famille dans la gestion qu'il aurait entreprise; et on ne saurait le rendre responsable pour avoir manqué de ces soins extrêmes et excessifs qu'il a coutume d'apporter dans ses propres affaires. Le maître n'a pas, en effet, à se plaindre d'une gestion qu'il est présumé n'avoir pas dû mieux conduire lui-même, puisqu'elle l'a été avec tous les soins d'un bon père de famille.

3. Si tels sont, en principe, les soins que le gérant est tenu d'apporter dans sa gestion, néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient de ses fautes ou de sa négligence (1374). C'est ce qui a lieu lorsque, par un dévoûment affectueux et désintéressé, sans aucune considération d'intérêt personnel, il se charge de la gestion des affaires d'un ami absent, pour empêcher qu'elles ne périclitent. Sa conduite et trop louable dans son intention et dans son but, pour que ses actes d'administration soient appréciés à la dernière rigueur, avec la même sévérité que s'il s'agissait d'une personne qui se fût immiscée dans les affaires d'un autre par esprit de cupidité et en vue d'un lucre personnel. Il appartient donc au juge d'apprécier en équité les diverses circonstances et leur degré de faveur.

Il s'ensuit que le gérant peut être dispensé des soins d'un bon père de famille, et qu'il lui suffit d'apporter dans sa gestion les mêmes soins dont il a coutume d'user pour l'adminis-

tration de ses propres affaires. Il ne répond alors que de la faute grave.

Mais s'il était d'habitude un bon père de famille dans la gestion de ses affaires personnelles, il n'en serait que plus difficilement excusable pour ne pas avoir géré les choses dont il avait entrepris la gestion, avec la même diligence, la même exactitude et les mêmes soins (1).

4. Les circonstances peuvent ainsi, d'après leur appréciation, déterminer le juge à abaisser le degré des fautes ou négligences imputables. La responsabilité du gérant peut encore être modérée sous un autre rapport. Dans le cas même où il aurait commis dans sa gestion quelque faute, quelque négligence qui lui seraient légalement imputables, les juges sont autorisés à modérer les dommages et intérêts qui peuvent en résulter. Telle est la disposition formelle de notre article. Les circonstances peuvent donc atténuer, sous un double rapport, la responsabilité du gérant, d'abord à l'égard du degré des fautes et négligences imputables, puis à l'égard du montant des dommages et intérêts encourus.

5. En cas de commodat, si la chose prêtée périt par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre (1882). Cette disposition n'est pas applicable au quasi-contrat de gestion d'affaires, parce que, à la différence du commodat qui est exclusivement dans l'intérêt de l'emprunteur, la gestion d'affaires, outre qu'elle est gratuite, est au contraire dans l'intérêt du maître. Les circonstances peuvent cependant engager, dans cette hypothèse, la responsabilité du gérant comme celle du mandataire, bien qu'en principe on ne puisse exiger de lui qu'il sacrifie sa propre chose pour sauver celle d'un tiers.

Si, par exemple, sa chose est d'une valeur minime, tandis que celle du maître est d'une valeur considérable, il sera en

(1) Voy. 1137, nos 4, 5 et 10.

faute, il aura manqué aux devoirs d'un bon père de famille. Il aurait dû sacrifier de préférence sa propre chose, sauf indemnité de la part du maître, comme l'article 1375 lui en confère le droit (1).

6. S'il est créancier d'une somme exigible envers un tiers qui se trouve en même temps devoir au maître une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur la créance du maître et sur la sienne, dans la proportion des deux créances, encore qu'il eût, par sa quittance, dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière ; mais s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputation serait faite en entier sur la créance du maître, cette stipulation sera exécutée. Nous généralisons ainsi les dispositions de l'article 1848 (2).

7. Il est clair que, dans sa gestion, le gérant ne répond point des cas fortuits et de force majeure (3). C'est le maître qui les subit. Mais, pour que le gérant en soit irresponsable, et qu'il n'en supporte point les conséquences, il faut qu'il se soit borné à gérer simplement les affaires d'autrui, et qu'il ait maintenu son administration dans les limites que le maître lui aurait personnellement assignées, s'il eût géré lui-même.

Vous entreprenez sans mandat la gestion des affaires d'un tiers, et vous vous livrez pour lui à certaines spéculations qui ne rentrent point dans les opérations accoutumées de son commerce. Si elles ne réussissent pas, tant pis pour vous ; le maître peut laisser la perte à votre compte. Mais si le maître veut garder pour lui l'opération, il doit la prendre toute entière, sans la diviser, de telle sorte que si pour une partie il y a bénéfice et pour une autre perte, il doit faire compensation de la perte avec le bénéfice (4).

(1) TROPLONG, *Mandat*, n° 409.
(2) Voy. 1255, n° 7.
(3) L. 22, C. *Neg. gest.*
(4) L. 11, ff. *Neg. gest.* — TOULLIER, t. 11, n° 36.

8. Si le gérant s'est substitué dans sa gestion un mandataire, il répond de sa conduite, de ses fautes et de sa négligence, comme il répond de ses propres actes et dans la même mesure, par rapport au maître (1). Il en résulte que ce dernier, outre l'action qu'il a contre le gérant en cette qualité, a une seconde action contre le mandataire substitué, soit de gestion d'affaires directement, soit de mandat en agissant contre lui au lieu et place du mandant, conformément à l'article 1166.

9. L'incapacité personnelle du gérant n'est d'aucune considération lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue et la portée de ses engagements envers le maître. Si, en cas de mandat, le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs, et contre la femme mariée qui a accepté le mandat sans autorisation de son mari, que d'après les règles établies au titre du contrat de mariage et des droits respectifs des époux (1990), celui dont les affaires ont été gérées sans mandat par un mineur, ou une femme non autorisée par son mari, a contre eux, soit qu'ils se soient enrichis ou non, les mêmes actions que contre un gérant ayant toute capacité personnelle. Ils sont, en un mot, soumis à toutes les obligations qui résultent du quasi-contrat de gestion d'affaires, comme s'ils jouissaient d'une capacité complète (2).

C'est que, à la différence du cas de mandat conventionnel où le mandant a toujours à s'imputer d'avoir imprudemment choisi un incapable pour mandataire, les obligations qui naissent du quasi-contrat de gestion d'affaires résultent de l'autorité de la loi, sans qu'il intervienne aucune convention, à l'occasion d'un fait volontaire. Or, la loi ne considère et ne peut considérer que la nature et la qualité de ce fait, abstraction faite de la capacité personnelle de celui qui l'a accompli.

(1) L. 21, § 3, *ff. Neg. gest.*

(2) Domat, liv. 2, tit. 4, sect. 1, n° 10. — Toullier, t. 11, n° 39 et 40. — Duranton, t. 13, n°s 662 et 663.

Autrement, si elle subordonnait la validité des engagements du gérant à sa capacité, elle assurerait aux incapables un inique privilége d'irresponsabilité, quant aux dommages que leur immixtion dans les affaires d'autrui pourrait causer au maître. A ce point de vue même du dommage causé, ils ne sont plus tenus en vertu d'un simple quasi-contrat ; il y a de leur part un véritable quasi-délit, qu'ils sont dans tous les cas, à ce titre, obligés de réparer.

Quelques auteurs pensent cependant que le mineur et la femme mariée non autorisée, qui gèrent les affaires d'autrui, ne sont pas tenus des engagements qui résultent du quasi-contrat de gestion d'affaires, qu'ils peuvent tout au plus être poursuivis en réparation du dommage causé, d'après l'article 1382, ou jusqu'à concurrence de ce droit dont ils se sont enrichis, par l'action *de in rem verso* (1). Ainsi, Pothier (2) dit de la femme mariée qu'elle peut bien être obligée par le quasi-contrat de gestion d'affaires envers le tiers qui a géré sa chose, mais qu'elle n'est pas de même obligée envers les tiers par sa propre gestion. Il fonde cette distinction sur ce que, dans le premier cas, il n'y a que le fait du tiers, tandis que, dans le second, il y a un fait personnel de la femme. Pothier (3) généralise enfin ce principe, en l'appliquant aux obligations des mineurs et des insensés résultant du fait d'autrui.

Est-ce à dire que la femme mariée, les mineurs ou les interdits ne peuvent s'obliger par leur propre fait ? Un pareil principe n'est heureusement consacré nulle part, et il ne saurait l'être, tant il est manifestement empreint d'injustice et d'iniquité. Mais nous devons présenter quelques observations à cet égard.

10. Si, de la part du maître, il y a eu un mandat tacitement donné au mineur ou à la femme mariée non autorisée qui se sont immiscés dans ses affaires, il y aura alors une véritable

(1) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 179 et 327, n[os] 19.
(2) *Puissance maritale*, n° 50.
(3) *Obligations*, n° 115.

convention, un mandat contractuel, et conséquemment l'article 1990 devra recevoir son application.

Que si la gestion du mineur ou de la femme mariée a commencé sans mandat, et que plus tard il soit intervenu de la part du maître un mandat exprès ou tacite, tous les faits antérieurs à ce mandat seront régis par les principes concernant le quasi-contrat de gestion d'affaires; mais les faits ultérieurement accomplis seront appréciés d'après les règles ordinaires du mandat.

11. Quant aux engagements que le mineur ou la femme mariée auraient contractés avec des tiers pour les nécessités de leur gestion, ils sont soumis aux règles ordinaires des engagements contractés par les incapables. Il n'en résulte contre eux d'action que jusqu'à concurrence de ce dont ils se trouvent enrichis; de telle sorte qu'ils sont seulement tenus envers les tiers, soit de leur rendre compte de ce qu'ils ont reçu du maître pour indemnité, soit même de leur céder les actions qu'ils ont contre ce dernier, à raison des engagements par eux contractés pour la gestion de ses affaires (1).

12. Si le maître ratifie les actes passés avec les tiers par le gérant incapable, ceux-ci ont alors action contre lui, comme s'il y avait eu mandat de sa part; et cette action leur compète contre le maître, sans préjudice de celle qu'ils ont principalement et directement contre le gérant, si, au lieu de passer l'acte au nom du maître, il l'a passé en son nom personnel.

D'un autre côté, cette ratification du maître a pour résultat de ne rendre le gérant incapable comptable envers lui de sa gestion, que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi, à raison de l'acte qui a été couvert par une ratification ultérieure.

Ainsi, un mineur ou une femme mariée non autorisée touchent, comme gérants de mes affaires, une somme qui m'est due. Si je ne ratifie pas cet acte de gestion, je puis leur de-

(1) DURANTON, t. 2, n° 497.

mander compte de la totalité de la somme qu'ils ont reçue, et non pas seulement, comme s'il y avait mandat de ma part, jusqu'à concurrence de ce dont ils se sont enrichis. Ils peuvent alors, sur ma poursuite en compte de gestion, recourir contre le débiteur qui a payé imprudemment entre leurs mains, pour être par lui indemnisés de tout ce qu'ils me payent au-delà de ce dont ils se sont enrichis. Car, par rapport à lui, ils ne sont pas tenus au-delà de ce dont ils ont profité (1241).

Je puis encore, dans le même cas de non ratification de ma part, poursuivre le débiteur pour qu'il paye une seconde fois, sauf son recours contre le gérant qui a reçu, jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à son profit.

Mais, au contraire, si je ratifie le payement, je n'ai plus aucune action contre le débiteur qui a payé; j'ai seulement action contre le gérant qui a reçu, et encore ne l'ai-je que pour ce dont il a profité.

13. Toute gestion d'affaires se résume dans une reddition de compte, dans les formes ordinaires, avec pièces justificatives à l'appui. En expliquant les engagements du *negotiorum gestor*, nous avons par cela même indiqué quelques-uns des éléments principaux de ce compte. Mais il en est d'autres que nous devons signaler.

Le gérant est comptable de tout ce qui lui est parvenu ou a dû lui parvenir, pour le compte du maître, en argent, valeurs, actions contre les tiers, à l'occasion de sa gestion ou de celle du sous-gérant qu'il se serait substitué. Autrement, ce serait lui qui s'enrichirait aux dépens d'autrui. Il doit donc rendre compte des créances qui lui ont été remboursées, des ventes de denrées qu'il a faites, du prix des baux qu'il a touchés.

Il doit même faire raison au maître, s'il l'exige, de tout ce qu'il a touché d'un tiers qui, par erreur se croyant débiteur, a payé ce qu'il ne devait pas en réalité (1), à moins qu'il n'ait rendu ce qu'il a reçu avant la ratification ou la réclamation du maître (2).

(1) L. 23, *ff. Neg. gest.* — Voy. 1372, n° 10.
(2) TOULLIER, t. 11, n° 41. — POTHIER, n° 212.

14. S'il est débiteur envers le maître, et que, durant sa gestion, sa dette soit venue à échéance ou exigibilité, il a dû exiger de lui-même payement; il est en conséquence tenu d'en faire compte (1). Et comme il est dès lors soumis à l'action pour gestion d'affaires, il ne peut opposer la prescription qui se serait accomplie plus tard (2), ni pour le principal, ni pour les intérêts et arrérages, parce qu'ils entrent dans le compte et ne sont pas annuellement exigibles (3).

Ses héritiers, étant eux-mêmes tenus de l'action pour gestion d'affaires, ne pourraient non plus opposer qu'ils ne doivent point payer ce qu'il u'a pas exigé de lui-même, sous le prétexte qu'il avait été convenu que son obligation s'éteindrait par sa mort et ne passerait pas sur leurs têtes (4).

Il suit de là qu'il doit, à titre de dommages et intérêts, faire compte des intérêts de la dette qu'il avait à exiger de lui-même, quoiqu'elle n'en produisît point, si le payement qu'il était tenu de s'en faire devait servir à éteindre d'autres dettes productives d'intérêts, ou recevoir toute autre destination utile (5).

Telle est la règle; mais il y a exception s'il s'agit d'une dette qui ne fût pas venue à échéance ou exigibilité, d'une dette à terme, sous condition, ou dont le payement fût subordonné à un événement, à une prestation réciproque quelconque qui n'a pas eu lieu (6).

Il y aurait encore exception, si le gérant avait cru de bonne foi ne rien devoir, ou gérer les affaires d'un autre auquel il ne devait rien.

15. Mais comme, à défaut de mandat, il n'a pas qualité pour poursuivre les débiteurs, il n'est pas responsable de leur in-

(1) L. 6, § 12, *ff. Neg. gest.* — POTHIER, n° 203. — DURANTON, T. 13, n° 666. — TOULLIER, T. 11, n° 42.
(2) L. 8, *ff. Neg. gest.* — POTHIER, n° 203.
(3) TOULLIER, T. 11, n° 42.
(4) L. 8, *ff. Neg. gest.* — POTHIER, n° 204. — TOULLIER, T. 11, n° 43.
(5) L. 6, § 12; l. 38, *ff. Neg. gest.*
(6) POTHIER, n° 205.

solvabilité, ni de la prescription de la créance (1), à moins qu'il n'ait refusé le payement qui lui était volontairement offert.

16. Si le gérant est créancier du maître, il doit appliquer à l'extinction de sa créance échue les deniers provenus de sa gestion. Il doit les employer de même à éteindre les autres dettes exigibles envers les tiers. Faute par lui d'avoir fait cet emploi, le meilleur de tous, il est responsable des intérêts courus.

Il s'ensuit que, dans le règlement de compte, on doit établir les calculs, non par colonnes, mais par échelette, de manière à imputer sur la créance du gérant, en intérêts d'abord et ensuite en principal, sa dette envers le maître, au fur et à mesure qu'elle s'est constituée, soit qu'elle provienne de recettes de deniers ou de perceptions de fruits. Ce n'est pas qu'il s'opère une compensation de droit, puisque les sommes ne sont pas également liquides, ni une imputation proprement dite, puisqu'il n'y a pas de payement effectué. Mais il s'agit seulement d'un mode de supputation combiné de façon à procurer au maître toute légitime indemnité. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, qu'il est ici question d'un compte de gestion qui n'admet d'autres règles que les principes de l'équité, et qu'un autre mode de calcul aurait pour résultat d'enrichir le gérant au préjudice d'autrui, puisqu'il aurait les intérêts de sa créance sans payer les intérêts de sa dette.

Il répond enfin des deniers qui auraient péri dans ses mains par cas fortuit et de force majeure, à moins qu'il ne prouve qu'il avait une cause légitime de les mettre en réserve dans l'intérêt des affaires du maître (2).

17. Lorsque plusieurs ont géré conjointement, chacun d'eux n'est tenu que pour ce qu'il a géré, sans solidarité (3). Il y avait sous ce rapport, en droit romain, une différence notable

(1) L. 6, § 12, *ff. Neg. gest.* — POTHIER, n° 206. — DURANTON, *ibid.*
(2) POTHIER, n° 207.
(3) L. 26, *ff. Neg. gest.*

entre les mandataires et les gérants. Les mandataires désignés et chargés par le même mandat étaient tenus solidairement (1); et cette solidarité avait été admise par notre ancienne jurisprudence (2). Mais l'article 1995 l'a proscrite, et aujourd'hui il n'y a pas plus de solidarité entre mandataires qu'entre gérants.

Mais il faut pour cela qu'il ne s'agisse que d'une simple question d'affaires; car s'il s'agissait d'un délit ou d'un quasi-délit, tous ceux qui y auraient coopéré en seraient tenus solidairement (3).

Article 1375.

Le maître dont l'affaire a été bien administrée doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.

Sommaire.

1. Action contraire du gérant. Sa gestion doit avoir été utile.
2. Le maître doit remplir les engagements pris en son nom.
3. Et indemniser le gérant de ses engagements personnels.
4. Le gérant est capable des actes d'administration.
5. Les tiers ont seulement action contre le maître, en vertu de l'article 1166.
6. Effets, par rapport à eux, de la ratification du maître.
7. Il doit rembourser les impenses utiles et nécessaires.
8. Le gérant ne peut se faire indemniser que de ses déboursés utiles. Exemples.
9. Il faut se reporter au principe de l'opération pour en apprécier l'utilité.
10. Peu importe que le gérant ait cru faire une chose utile.
11. Les droits du mandataire sont plus étendus. Article 1990.
12. La ratification du maître ne change pas toujours la nature primitive de l'action. Distinction.

(1) L. 60, § 2, *ff. Mand.*
(2) Pothier, nº 215.
(3) Voy. 1202, nº 22.

13. Quand elle est efficace, elle vaut mandat, sans rétroactivité envers les tiers.
14. Action *de in rem verso*. Son principe.
15. Elle se donne dans la mesure de l'utilité finale de l'opération.
16. Quels sont ceux à qui elle appartient?
17. Si le maître doit au gérant, de plein droit, l'intérêt de ses avances.
18. S'il n'y a droit, à titre d'indemnité, le gérant doit en faire la demande.
19. S'il doit les intérêts des sommes employées à son usage, du jour de l'emploi.
20. S'il doit les intérêts des sommes dont il est reliquataire sur une simple mise en demeure.
21. Le maître ne peut opposer sa ratification au gérant pour aggraver ses engagements, à moins qu'il ne s'en soit prévalu.
22. Il n'y a pas solidarité entre les propriétaires de la chose, s'ils n'ont ratifié.
23. Peu importe que le maître soit incapable.
24. Celui qui a géré malgré la défense du maître doit être indemnisé,
25. A moins qu'il n'ait voulu le gratifier.
26. Le gérant n'a droit à aucune indemnité si son immixtion a empêché de gérer une autre personne qui eût géré gratuitement.
27. Prescription de l'action *negotiorum gestorum*. Conséquences.
28. Le gérant peut prendre subrogation et y renoncer, suivant son intérêt.

COMMENTAIRE.

1. Nous venons de voir quels sont les engagements que contracte envers le maître celui qui s'immisce dans la gestion des affaires d'autrui. A ces engagements correspond l'action directe de gestion d'affaires, qui appartient au propriétaire de la chose qui a été gérée.

Mais le quasi-contrat de gestion d'affaires produit lui-même contre ce dernier des engagements réciproques qui donnent lieu à l'action contraire, laquelle appartient au gérant. Notre article explique quels sont ces engagements. « Le maître, dit-il, dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites. »

Cette action du gérant contre le maître est dominée par un principe fondamental en matière de gestion d'affaires; il faut

que la chose ait été bien administrée, c'est-à-dire gérée d'une manière utile, avantageuse et non onéreuse pour le maître (1). Les engagements de ce dernier, en l'absence de tout mandat conventionnel, s'apprécient, en effet, exclusivement par l'utilité et les avantages de la gestion. On doit donc se demander avant tout si cette gestion lui a profité, puisque c'est dans ce cas seulement qu'il est obligé envers le gérant. Or, ce point s'apprécie d'après les circonstances de la cause, et les juges seront d'autant plus sévères que le gérant aura négligé de prendre l'avis du maître, ou de sa famille, ou de gens de l'art, lorsqu'il le pouvait (2).

2. Si, pour les besoins de son administration, le gérant a contracté des engagements au nom du maître, ce dernier doit les remplir (1375). La loi lui impose l'obligation de les exécuter personnellement, quoiqu'il ne les ait pas ratifiés.

Le gérant peut alors renvoyer les tiers créanciers avec lesquels il a contracté à exercer leur action en payement contre le maître seul, à moins qu'il n'ait promis comme porte-fort, ou qu'il n'ait contracté, à tout autre titre, un engagement personnel envers eux.

3. Si, pour les nécessités de sa gestion, le gérant a pris en son nom personnel des engagements, le maître doit l'en indemniser (1375), par exemple, en payant lui-même et en rapportant les quittances, ou en produisant une décharge par laquelle les créanciers l'accepteraient pour seul débiteur, ou bien enfin en lui remboursant les sommes qu'en son propre nom il s'est personnellement obligé de payer. Car, faute par lui de rapporter les quittances ou la décharge, le gérant peut le poursuivre en remboursement de ces sommes (3).

Seulement, s'il avait terme, le propriétaire pourrait également en profiter en donnant caution qu'il payera à l'échéance.

(1) L. 10, § 1, *ff. Neg. gest.*
(2) Pothier, n° 222.
(3) Pothier, n° 228. — Toullier, t. 11, n° 54.

ou à l'exigibilité (1), soit même en fournissant toute autre garantie.

4. Le simple gérant ne peut sans doute faire aucun acte de disposition par rapport à la chose qu'il gère, et s'il passait des actes de cette nature, le véritable propriétaire pourrait les faire révoquer comme étant émanés du non propriétaire.

Mais en qualité de gérant, il est capable de tous les actes de simple administration, tels que ceux qui se rapportent à la culture des champs, à l'enlèvement des récoltes, à l'achat et à la vente des bestiaux, à la vente des denrées, etc... Le maître est tenu de respecter tous ces actes, à l'égard du gérant, pourvu qu'ils aient été faits dans son intérêt et d'une manière utile; pourvu aussi, à l'égard des tiers, qu'ils aient eu lieu sans fraude ni mauvaise foi de leur part.

Le maître peut même, suivant les circonstances, être obligé d'entretenir les baux qui auraient été passés par le gérant (2). Tous ces actes d'administration doivent, à cause de leur utilité, de leur nécessité même, être respectés et maintenus par lui, comme s'il les avait consentis personnellement. Mais il faut qu'ils aient été réellement utiles et avantageux au maître. C'est là la condition essentielle de leur caractère obligatoire.

5. Ce n'est pas que les tiers avec lesquels le gérant a traité, à cause de sa gestion, aient contre le maître une action personnelle et directe. Il est à leur égard personne étrangère. Ils n'ont directement d'action que contre le gérant, le seul qui se soit lié envers eux, qui soit à leur égard la partie véritablement obligée. Ils peuvent seulement, en vertu de l'article 1166, exercer contre le maître, au lieu et place du gérant, leur débiteur, les actions que ce dernier peut avoir contre lui.

Mais, pour qu'ils soient fondés à les exercer, il faut qu'elles existent; si bien que, si elles avaient été éteintes entre le gérant et le maître par voie de payement, de compensation ou autre-

(1) TOULLIER, *ibid.*
(2) 1165, n°s 21, 23.

ment, les tiers, n'ayant pas plus de droits que leur débiteur, ne pourraient les exercer en son nom, pas plus qu'il ne peut, après leur extinction, les exercer lui-même. Aussi longtemps donc qu'elles subsistent, ils sont admis à les exercer en son lieu et place, à ce point même qu'ils ne sauraient être contraints d'en partager contributoirement le bénéfice, au marc le franc de leur créance, avec ses autres créanciers. Le bénéfice de l'action contre le maître leur appartient, à l'exclusion des autres créanciers du gérant.

Ce dernier doit, par exemple, à cause de sa gestion, à un tiers, dix mille francs, lesquels ont été employés utilement et à l'avantage du maître. Le tiers, en l'absence de toute ratification de la part de celui-ci, ne peut le poursuivre directement et personnellement, mais seulement au lieu et place du gérant, son débiteur, de telle sorte que si ce dernier a été remboursé, le tiers est sans action contre le maître. Mais si l'action subsiste, il l'exerce de manière qu'il en profite seul, et que les autres créanciers du gérant prétendraient vainement partager avec lui contributoirement cette somme de dix mille francs. En effet, le gérant ne peut dire qu'il a une créance contre le maître que tout autant qu'il a remboursé le tiers; jusque-là, il a seulement le droit de demander à être relevé quitte et indemne de son engagement. Tel est précisément le but de l'action intentée par le tiers au lieu et place du gérant. Aussi le maître, sur lequel en définitive pèse la dette, pourrait-il spontanément payer le créancier, et indemniser, par là, complètement le gérant de l'obligation qu'il a contractée dans son intérêt.

6. Mais si le maître ratifie, les rapports changent. La ratification équivaut, en effet, à un mandat; *ratihabitio mandato æquiparatur.* Elle produit un effet rétroactif et couvre tous les actes du gérant, comme si, dès le principe, il avait reçu un mandat. Il s'ensuit que, par cette ratification, le tiers envers lequel le gérant a contracté acquiert une action directe et personnelle contre le maître.

Cette action sera même la seule qu'il aura désormais, si le gérant a contracté au nom du maître et en la seule qualité de porte-fort, à moins qu'il n'ait d'ailleurs pris un engagement personnel. Car, en se portant fort simplement, il ne s'oblige qu'à faire ratifier le maître, et en rapportant sa ratification, il est parfaitement quitte de sa promesse (1120).

Si, au contraire, il a traité avec les tiers en son nom personnel, ils ont, outre l'action que la ratification ultérieure leur ouvre contre le maître, l'action qui est née dès le principe directement et principalement contre lui. Car, en contractant avec eux, il s'est porté leur débiteur personnel et direct, et si la ratification du maître peut leur profiter, elle ne saurait leur nuire.

7. Quant aux impenses utiles ou nécessaires faites par le gérant, elles doivent lui être remboursées par le maître (1375).

Par impenses, il faut entendre tout ce qu'il en a coûté au gérant, soit pour l'exécution des engagements personnels du maître, soit pour l'entretien, la conservation ou l'amélioration de la chose, en argent, en denrées, en prestations, en travaux et soins, en choses et valeurs de toute espèce susceptibles d'appréciation.

Les impenses nécessaires sont celles que tout bon père de famille ne peut se dispenser de faire pour assurer la conservation de sa chose, ou en empêcher le dépérissement. Comme elles sont de nécessité, elles doivent être remboursées intégralement, alors même qu'elles n'auraient produit aucune valeur, à moins qu'il n'y ait en excès, abus ou défaut d'économie.

Les impenses utiles sont celles qui n'ont d'autre objet que d'améliorer la chose, et que tout propriétaire peut, à la rigueur, se dispenser de faire. Le degré de leur utilité s'apprécie suivant les avantages qu'elles procurent. Si la plus-value qu'elles ont produite est supérieure à la dépense, le maître ne doit rembourser que cette dépense, parce que le maître est pleinement indemnisé ; si, au contraire, elle est inférieure,

c'est le montant seulement de cette plus-value qui doit être remboursé, parce qu'elle est la seule chose dont le maître ait profité.

Nous reviendrons au surplus, avec plus de développements, sur ce sujet des impenses dans notre commentaire de l'article 1381.

8. Comme ses déboursés doivent avoir été utilement faits pour qu'il ait droit à leur remboursement, le gérant n'a aucune action contre le maître pour ce qu'il a payé d'indû ou de prescrit. *De eo autem quod indebitum solvit, magis est ut sibi imputare debeat* (1). Ce sont des déboursés qui restent à son compte.

Il en est de même de ceux qu'il aurait faits pour réparer une maison ruineuse que le maître a abandonnée, soit parce qu'elle ne lui était pas nécessaire ou qu'elle ne valait pas la dépense (2).

9. Pour apprécier le remboursement que le maître doit faire au gérant, à raison de ses impenses nécessaires ou utiles, il faut se reporter au principe de l'opération. Il suffit qu'alors la dépense ait été utile ou nécessaire, pour qu'elle doive être remboursée, bien que, par suite de cas fortuits ou de force majeure, ses avantages ne se soient pas réalisés ou qu'ils aient été amoindris. Ces événements imprévus sont des risques qui restent à la charge du maître comme propriétaire, et l'obligation qui lui incombe d'indemniser le gérant est parfaite du moment que l'impense a été faite utilement. *Sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium..., si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus* (3).

Tel est le cas où il a réparé une maison qui plus tard a été incendiée; soigné un esclave malade qui plus tard est mort.

(1) L. 23, *ff. Neg. gest.*

(2) L. 10, § 1, *ff. Neg. gest.*

(3) L. 10, § 1, *ff. Neg. gest.* — ARGOU, *Instit.*, T. 2, pag. 284. — POTHIER, nos 221 et 222. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 181. — DURANTON, T. 13 no 671. — TOULLIER, T. 11, nos 51 et 52.

Il n'en a pas moins l'action de gestion d'affaires; *agit negotiorum gestorum* (1).

Mais c'est à lui d'établir, et l'utilité de sa gestion dans le principe, et le cas fortuit qu'il allègue; de prouver, par exemple, que la ruine ou l'incendie dans lesquels la chose a péri sont arrivés sans sa faute; *si ipsa ruina, vel incendium, sine vitio ejus acciderit* (2).

10. Ulpien se demande si le gérant a action pour gestion d'affaires, s'il a pensé qu'il faisait une opération utile, alors, au contraire, qu'elle n'était pas avantageuse au maître; et il répond que non, parce que si l'on ne considère pas le résultat final, il faut au moins que l'utilité de l'acte se retrouve à son principe : *Ego quæro, quid si putavit se utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem : ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse cœptum* (3). Non, son appréciation personnelle ne suffit pas, quelle que soit sa bonne intention.

11. Mais, en cas de mandat conventionnel, le mandataire a d'autres droits. Le mandant doit lui rembourser les avances et frais qu'il a faits pour l'exécution du mandat. S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursement et payement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances, sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres (1990). On voit que, sous ce rapport, il y a une grande différence entre le mandat et le quasi-contrat de gestion d'affaires. Dans ce dernier cas, les remboursements du maître se déterminent d'après les résultats utiles et avantageux de la gestion. C'est dans le succès seul de son administration que le gérant puise le principe de son droit au remboursement de ses impenses, tandis que le mandataire le puise dans la convention même qu'il a faite avec le mandant. Aussi, le gérant

(1) L. 10, § 1, *ff. Neg. gest.*
(2) L. 22, *ff. Neg. gest.* — POTHIER, n° 223.
(3) L. 10, § 1, *in fine*; *ff. Neg. gest.*

ne peut-il répéter ce qu'il a dépensé au-delà du nécessaire, *quod plus quàm oportet impenderit* (1).

Que si le maître approuve et ratifie expressément ou tacitement les actes du gérant, il doit dès lors, quels qu'en aient été le succès et l'utilité, lui rembourser ses frais et avances, comme si, dès le principe, un mandat était intervenu entre eux.

12. Lorsque le maître a donné sa ratification expresse ou tacite, l'action ne cesse pas cependant d'être l'action de gestion d'affaires pour devenir proprement l'action de mandat. Plusieurs lois romaines décident formellement que, même après la ratification du maître, l'action reste l'action de gestion d'affaires, ce qu'elle était dans le principe (2).

Toutefois, il importe d'établir une distinction. La ratification du maître est-elle nécessaire, par exemple, pour décharger le gérant des engagements qu'il a pris envers les tiers; ou produit-elle, en définitive, quelques effets utiles de toute autre manière, par exemple, en ce qui concerne l'indemnité due au gérant; alors l'action devient, d'action de gestion d'affaires qu'elle était dans le principe, proprement l'action de mandat, et le maître se soumet, envers celui qui a géré ses affaires, à tous les engagements qui résultent du mandat conventionnel.

Mais si la ratification est superflue et inefficace, elle ne produit aucune innovation dans le titre de l'action, qui conserve sa nature primitive d'action pour gestion d'affaires (3). A quoi bon en effet cette ratification, dont nul, à défaut d'intérêt, n'est admis à se prévaloir?

13. Lorsqu'elle a quelque efficacité juridique, elle produit entre le gérant et le maître des effets rétroactifs, et équivaut pleinement à un mandat. Il s'ensuit que le maître, à moins

(1) L. 25, *ff. Neg. gest.*

(2) L. 9; l. 6, §§ 9 et 10, *ff. Neg. gest.* — L. 20, § 1, *ff. Mand.*

(3) Cujas, sur la loi 6, § 10, *ff. Neg. gest.* — Troplong, *Mandat*, nos 131, 619.

qu'il n'établisse que sa ratification a été donnée par erreur, surprise par dol, ou arrachée par violence, supporte tous les risques, en bien comme en mal, des actes qu'il a approuvés.

Mais elle ne rétroagit pas au préjudice des tiers. C'est une règle fondamentale en cette matière, que la ratification ne produit pas d'effets rétroactifs à l'égard des tiers. Ainsi, le maître ne peut conférer au gérant, à leur préjudice, par son approbation ultérieure, plus de droits que sa simple gestion d'affaires ne lui en attribue. Par exemple, la gestion n'ayant été ni utile ni avantageuse, et le gérant ne pouvant par suite répéter ses impenses, la ratification donnée par le maître, dans les dix jours qui ont précédé sa faillite, ne rétroagirait point au préjudice des créanciers (1).

14. Il est une espèce particulière d'action pour gestion d'affaires : c'est celle qui résulte du profit fait, *actio de in rem verso*. Nous ne voulons point parler ici de cette action qui, sous le droit romain, se donnait contre les personnes qui avaient retiré un profit personnel des actes passés par ceux qu'elles avaient sous leur puissance (2). Nous ne nous occupons ici que de l'action particulière *de in rem verso*, que la loi romaine, malgré le formalisme rigoureux de ses dénominations, rattachait au principe général de l'action *negotiorum gestorum*. En règle générale, dit Ulpien, nous disons qu'il y a lieu à l'action *de in rem verso* dans tous les cas où le gérant aurait action pour gestion d'affaires : *Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem quibus casibus..., vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem* (3).

Elle est, en effet, fondée sur la même maxime, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Cette maxime y reçoit même une application plus rigoureusement étroite. Le Code nous en fournit plusieurs exemples dans les articles 555, 861, 1241, 1312, 1381, 1673, 1926.

(1) TROPLONG, *Mandat*, n° 92.
(2) Instit., *Quod cum eo qui in...*, § 1.
(3) L. 3, § 2, *ff. De in rem verso.*

15. Il n'est pas sans intérêt théorique et pratique d'établir une distinction entre l'action générale *negotiorum gestorum* et l'action spéciale *de in rem verso*. Cette dernière action se donne contre toute personne qui s'est enrichie par le fait et aux dépens d'une autre, jusqu'à concurrence seulement de ce dont elle se trouve enrichie au moment où la demande est formée (1).

Les évènements ultérieurs qui empêchent, anéantissent ou diminuent les avantages que la personne pouvait retirer de l'acte, influent, conséquemment, sur l'existence et l'étendue de cette action. A la différence du cas où il s'agit d'une action pour gestion d'affaires proprement dite, il ne suffit donc pas de considérer si l'acte a été utile et avantageux au défendeur dans le principe; mais il faut examiner surtout si, par suite de circonstances même fortuites et imprévues, les avantages qui devaient naturellement en résulter n'ont pas été empêchés, anéantis ou restreints. Car l'action ne se donne que dans la mesure de l'utilité finale de l'opération.

Ceci ne s'applique toutefois qu'aux impenses simplement utiles. Les impenses nécessaires sont, en effet, toujours censées avoir enrichi de leur montant celui sur la chose duquel elles ont été faites, quels que soient les évènements ultérieurs (2).

16. Or, quels sont ceux qui, dans l'hypothèse d'une gestion d'affaires, ont simplement l'action *de in rem verso*? Ce sont ceux qui, par le fait et sans le savoir, ont géré la chose d'autrui, ou qui, agissant avec connaissance, l'ont gérée en vue de leur intérêt personnel, ou même dans un esprit frauduleux de lucre et de spoliation, *sui lucri causâ*, *deprædandi causâ* (3).

Ce n'est pas qu'il n'y ait, au fond, dans ces divers cas, ges-

(1) Zachariæ, t. 3, pag. 181, et t. 4, pag. 107. — Voy. 1312, n° 8.
(2) Voy. 1312, n° 8.
(3) L. 6, § 3, *ff. Neg. gest.* — Pothier, n°s 190-193. — Zachariæ, t. 3, pag. 181. — Duranton, t. 13, n° 649.

tion de la chose d'autrui, et, en conséquence, quasi-contrat de gestion d'affaires. Mais comme le gérant, en administrant une chose qu'il croyait de bonne foi lui appartenir, ou en administrant de mauvaise foi et en vue de son intérêt personnel une chose qu'il savait appartenir à autrui, n'a en d'autre intention, dans les impenses simplement utiles qu'il a faites, que de ménager ses avantages particuliers, et qu'il n'a pris en aucune considération ceux du tiers propriétaire, il est juste qu'il supporte personnellement tous les risques des évènements ultérieurs qui peuvent, jusqu'à l'introduction de la demande, modifier, sous le rapport de leur utilité, les résultats de sa gestion.

Ainsi, celui qui gère dans une intention frauduleuse n'a pas droit à l'intégralité de ses impenses, *id quod ei abest*, parce qu'il s'est malhonnêtement immiscé dans mes affaires, *quia improbè ad mea negotia accessit*, mais seulement au remboursement de ce dont j'ai été enrichi, *in id quo locupletior factus sum* (1). Il pourrait même, suivant les circonstances, me devoir des dommages et intérêts.

Quant à celui qui a géré croyant de bonne foi que la chose lui appartenait, il n'a droit lui-même qu'à la répétition de ce qui a tourné à mon profit. Car s'il était réellement propriétaire, ce serait la seule chose dont il profiterait en définitive. La circonstance que la chose qu'il a considérée comme sienne ne lui appartient pas, n'est pas de nature à rendre, vis-à-vis de moi propriétaire, sa condition plus favorable et meilleure.

17. Mais revenons à l'action de gestion d'affaires.

D'après l'article 2001, l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées. Nous avons établi ailleurs (2) que cet article n'était pas applicable au simple gérant. Il n'a droit aux intérêts de ses impenses et déboursés qu'à titre d'indemnité, dans le cas où sa gestion a été utile, et, de plus, où le non remboursement

(1) L. 6, § 3, *ff. Neg. gest.*
(2) 1153, n° 37.

de ces intérêts le constituerait en perte réelle. Ils ne courent donc pas de plein droit, et, à moins que le maître n'ait ratifié, ils lui sont alloués ou refusés, suivant les circonstances.

18. Pour avoir droit aux intérêts de ses impenses, hors le cas où ils constituent une indemnité, il doit donc en former judiciairement la demande, conformément au principe général posé par l'article 1153.

Mais s'il a payé une dette qui comprît des intérêts échus, outre le capital, il pourra demander l'intérêt de ces intérêts, quoiqu'ils ne fussent pas dus pour une année entière (1).

19. Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi (1996). Cette disposition est également inapplicable au simple gérant. Il ne doit pas de plein droit les intérêts des sommes qu'il a employées à ses besoins personnels (2), à moins que cet emploi ne constitue, soit pour lui un bénéfice réel, soit pour le maître une véritable perte.

La loi romaine voulait, s'il devait au maître, qu'il payât les intérêts des sommes par lui dues, qu'il les exigeât de lui-même à partir de l'échéance, à moins qu'il ne prouvât qu'il en avait fait un emploi utile; *a semet ipsò cur non exegerit ei imputabitur, et si fortè non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium* (3). Il doit de même aujourd'hui en être chargé, à titre d'indemnité pour le maître, soit qu'il ait retenu ou employé les sommes pour ses besoins personnels, ou qu'il ne les ait pas employées du tout. Mais il ne les doit que comme indemnité, et la question dépend, dès lors, de l'appréciation des circonstances. Il est ainsi tenu des intérêts, si les sommes principales étaient assez considérables pour pouvoir être employées utilement (4), soit à éteindre des dettes productives d'intérêts, soit à procurer au maître des titres de créances. L'emploi que le

(1) 1155, nos 15, 17.
(2) *Contrà*, Duranton, t. 13, no 667. — Toullier, t. 11, nos 44 et 45.
(3) L. 6, § 12; l. 38, *ff. Neg. gest.*
(4) Argou, *Instit.*, t. 2, pag. 285.

gérant aurait négligé d'en faire ou qu'il en aurait fait pour ses besoins, est alors un acte de mauvaise gestion dont il est responsable. Mais, encore une fois, c'est à ce titre seulement qu'il est tenu des intérêts.

Supposez qu'il se soit fait rembourser, au nom du maître, une créance qui ne produisait des intérêts qu'à quatre pour cent, et qu'il l'ait employée à son usage; il ne les devra que sur ce taux, parce que le dommage causé au maître ne va pas au-delà. Au contraire, un mandataire les doit toujours et indistinctement au taux légal de cinq pour cent.

20. Le mandataire doit l'intérêt des sommes dont il est reliquataire, à compter du jour qu'il est mis en demeure (1996). Une simple mise en demeure est insuffisante à l'égard du gérant. Il faut une demande formée en justice, conformément au droit commun. Le mandataire, qui est lié par une convention, et est censé avoir, comme une sorte de dépositaire, une caisse de recettes, contracte, en effet, des obligations plus rigoureuses que le simple gérant, dont les engagements se déterminent surtout par le caractère et les résultats de ses actes d'administration. Tel est le principe de la différence que nous établissons entre les engagements de l'un et de l'autre.

21. Si le maître avait ratifié, et que le gérant se fût lui-même d'ailleurs prévalu de cette ratification, l'article 1996 serait applicable, et les intérêts seraient réglés comme si, dès le principe, il était intervenu un mandat. Mais le gérant n'est pas tenu de se soumettre aux conséquences préjudiciables à son égard de cette ratification. Comme elle est introduite en sa faveur, il peut y renoncer pour s'en tenir exclusivement aux droits et aux engagements qui résultent, pour ou contre lui, du quasi-contrat de gestion d'affaires. Mais, s'il s'est prévalu sur un point de cette ratification, il est obligé d'en accepter sans division toutes les conséquences, quelque dommageables qu'elles soient envers lui sous le rapport de la dette des intérêts.

22. Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs per-

sonnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat (2002). Au contraire, dans le quasi-contrat de gestion d'affaires, il n'y a pas solidarité entre les divers propriétaires dont la chose a été gérée. Chacun d'eux n'est tenu que pour sa part et portion réelle dans la chose (1). Mais s'ils viennent à ratifier, ils sont, dès lors, obligés solidairement, comme s'ils avaient donné mandat; celui ou ceux qui ratifient sont solidaires (2).

Cependant, si le gérant avait acquitté une dette solidaire les concernant, il aurait contre chacun d'eux une action non divisée, et pour le montant intégral de la dette. Car il a fait les affaires de chacun pour tout ce dont il était solidairement tenu.

23. Comme le maître dont la chose a été gérée se trouve obligé par le seul fait du gérant, même à son insu, et que, d'ailleurs, il n'est tenu que tout autant que la gestion lui a été utile et avantageuse, son état d'incapacité personnelle n'est d'aucune considération, et n'influe en rien sur l'étendue de ses engagements. Peu importe donc que la chose gérée appartienne à un mineur, à un interdit, à une femme mariée (3). Ils sont engagés envers le gérant, et réciproquement ils l'engagent envers eux tout aussi bien que s'ils étaient capables.

24. On s'est demandé si le gérant qui s'est immiscé dans les affaires d'autrui, malgré l'opposition formelle et la défense expresse du propriétaire, a néanmoins contre lui l'action contraire *negotiorum gestorum*. La même question se présente à l'égard du mandataire qui a continué indûment sa gestion, malgré la révocation notifiée de son mandat.

Ce point avait divisé les jurisconsultes de Rome. Papi-

(1) 1202, n°s 12, 24.

(2) Cass., 11 fév. 1834. SIREY, 34, 1, 713.

(3) L. 2, C. *Neg. gest.* — L. 3, § 5, *ff. Neg. gest.* — POTHIER, n°s 173, 224; et *Oblig.*, n° 115. — ZACHARIÆ, t. 3, pag. 181, 327. — TOULLIER, t. 11, n° 39.

nien (1) et Caïus (2) accordaient dans ce cas au gérant l'action *negotiorum gestorum* ou tout au moins une action utile, jusqu'à concurrence de ce dont le maître était enrichi.

Mais Paul (3) et Julien (4) lui refusaient l'une et l'autre action ; et Justinien (5) adopta ce dernier sentiment.

La même controverse s'est perpétuée entre les anciens glosateurs, les interprètes plus modernes du droit romain, et même les auteurs qui ont expliqué notre Code.

Nous n'hésitons pas à penser que le gérant a, dans ce cas, sinon l'action *negotiorum gestorum* proprement dit, du moins l'action *de in rem verso*. S'il est un principe supérieur à toutes les subtilités du droit, c'est celui qui ne veut pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui. Qu'importe que le maître se soit enrichi malgré lui? Le bienfait n'en existe pas moins, et l'équité ne laisse pas de réclamer pour le gérant une juste indemnité. Le quasi-contrat de gestion d'affaires n'est-il pas indépendant de la volonté, du consentement du maître?

Vainement on objecte (6) que c'est tant pis pour le gérant; que s'il éprouve quelque perte, c'est sa faute; qu'il est censé vouloir gratifier le maître, en faisant pour lui une dépense qu'il lui avait défendu de faire. De pareilles objections sont empreintes d'une extrême rigueur, disons mieux, d'une extrême injustice. C'est bien pour le coup que ce serait une faute et une très grande faute de s'immiscer dans les affaires d'autrui. Du reste, le maître pourrait au fond s'en applaudir, en semblant s'en plaindre, puisqu'il en profiterait gratuitement.

Écartons d'abord cette objection, que le gérant doit être raisonnablement présumé avoir l'intention de gratifier le propriétaire. Telle peut être son intention ; mais il faut au moins

(1) L. 53, *ff. Mand.*
(2) L. 39, *ff. Neg. gest.*
(3) L. 40, *ff. Mand.*
(4) L. ult., C. *Neg. gest.* — L. 8, § 3, *ff. Neg. gest.*
(5) L. ult., C. *Neg. gest.*
(6) TOULLIER, T. 11, n° 55. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 182.

qu'elle résulte de circonstances autres que ce seul fait qu'il s'est immiscé contre la défense du maître. Car cette circonstance n'implique pas nécessairement par elle-même une pensée de libéralité. Mais s'il est établi que le gérant a entendu ne pas répéter ses impenses et en gratifier le maître, il est clair qu'il n'a contre lui aucune action.

En dehors de ce cas exceptionnel, il suffit qu'en faisant ses affaires, même malgré lui, il les ait gérées d'une manière utile, pour qu'il ait contre lui non pas l'action *negotiorum gestorum*, mais du moins celle *de in rem verso* (1). L'opinion contraire repose sur un principe de spoliation. La question dépend au surplus des circonstances; car l'utilité de cette gestion imposée doit s'apprécier d'une manière d'autant plus rigoureuse, que l'opposition du maître est déjà par elle-même une présomption de son inutilité et même de ses inconvénients. C'est donc, en définitive, un point de fait abandonné à l'appréciation des tribunaux (2).

Mais il faut alors consulter les convenances personnelles du maître, ses intérêts sérieux et légitimes, faire même, dans une certaine mesure, la part de ses fantaisies et de ses caprices, si bien que le gérant pourra devoir des dommages et intérêts pour des actes qui, dans des circonstances ordinaires, lui auraient donné droit à une indemnité.

D'autre part, Pothier (3) observe fort judicieusement que les juges pourront plus facilement accorder au maître un délai pour rembourser le gérant.

Enfin, si l'affaire concernait plusieurs personnes, le gérant aurait sans difficulté l'action de gestion d'affaires contre celles qui ne s'y seraient pas opposées, mais pour leur part et portion seulement (4).

(1) Pothier, n° 182. — Troplong, *Mandat*, n° 86. — Marcadé, art. 1375, n° 4.

(2) Pothier, n°s 181 et suiv. — Troplong, *Mandat*, n°s 75, et suiv. — Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 128. — Duranton, t. 12, n° 19. — Favard, Rép., v° *Quasi-contrat*.

(3) N° 183.

(4) L. 8, § 3, *ff. Neg. gest.* — Pothier, n° 184.

25. Nous venons d'énoncer que s'il résulte des circonstances que le gérant a eu l'intention de gratifier le maître des impenses et déboursés qu'il a faits, il ne peut les répéter contre lui. Ce point est hors de doute, mais il faut une preuve non équivoque de cette intention (1).

26. Le droit de s'en faire rembourser cesse également si le gérant, par son immixtion, a empêché de gérer une personne qui était disposée à le faire à sa place gratuitement (2).

Mais il ne laisse pas d'avoir action contre le maître, quand même il aurait fait ce que celui-ci avait chargé un autre de faire (3).

27. La prescription à laquelle est soumise l'action *negotiorum gestorum* est la prescription ordinaire de trente ans, soit de la part du gérant, soit de la part du maître.

Mais, supposons que le gérant ait payé pour le compte du maître une dette qui aurait été éteinte par la prescription au moment où il demande à être indemnisé. Il n'en a pas moins le droit, en principe, de se faire rembourser la somme payée, avec ou sans intérêts suivant les circonstances. Car il a suffi que la dette existât au moment où elle a été acquittée, pour que la gestion ait été utile, et que le gérant ait en conséquence une action en indemnité. Or, cette action est bien différente de celle que le créancier avait contre le maître, et la durée de celle-ci, au moment où le payement a eu lieu, ne peut servir de mesure à la durée de celle qui compète au gérant.

La solution de la question dépend néanmoins des circonstances. En effet, si le gérant avait fait exprès de payer la dette, alors qu'elle allait être éteinte par la prescription, il aurait fort mauvaise grâce à demander le remboursement de ce qu'il a payé. Le maître lui répondrait par l'inutilité de sa gestion. Mais, nous le répétons, tout dépend des circonstances, de l'in-

(1) L. 4; l. 27, § 1, et l. 44, *ff. Neg. gest.* — Pothier, n° 187. — Zachariæ, t. 3, pag. 182. — Voy. 1372, n° 19.

(2) Pothier, n° 225.

(3) L. 46, § 1, *ff. Neg. gest.* — Pothier, n° 178.

térêt réel du maître, de l'attitude du créancier, de ses dispositions à poursuivre, des poursuites même commencées, de la bonne foi du gérant et de la situation personnelle de celui en l'acquit duquel il a payé (1).

28. Au lieu de s'en tenir aux droits et actions qui résultent en sa faveur du quasi-contrat de gestion d'affaires, le gérant peut prendre subrogation aux droits des tiers qu'il paye. Il est alors au lieu et place des subrogeants, et a exactement les mêmes droits qu'eux, en sa qualité de subrogé.

Sa qualité de *negotiorum gestor* s'efface; mais il peut toujours la reprendre, si elle lui est plus avantageuse, en renonçant au bénéfice de la subrogation. L'on comprend en effet que, si dans certaines hypothèses et à certains égards il vaut mieux être subrogé, dans d'autres, au contraire, il est préférable de rester simple gérant. Nous ne citerons ici que le cas où la dette payée par le gérant avec subrogation a été éteinte par la prescription, avant toute action en payement. Comme subrogé, celui qui a payé n'a, en effet, pas plus de droits que le créancier, et la prescription lui est opposable comme à son auteur; tandis, au contraire, qu'au titre de simple gérant, s'il perd les privilèges, les hypothèques et autres garanties attachées à l'ancienne créance, il lui reste encore, suivant les circonstances, une action non prescrite en indemnité. Il gagne ainsi du côté de la durée de son action, ce qu'il perd du côté des garanties (2).

Article 1376.

Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.

(1) Duranton, t. 12, n° 128. — Voy. 1252, n° 22.

(2) Duranton, *ibid.* — Zachariæ, t. 4, pag. 512. — Troplong, *Cautionn.*, n° 364, et *Prescript.*, n° 1034.—Rouen, 3 mars 1856. Sirey, 57, 2, 742.

Sommaire.

1. Répétition de l'indû.
2. Conditions générales de cette action.
3. Payement de la dette d'un tiers.
4. Payement d'une créance due à un tiers.
5. D'une créance qui n'a jamais existé,
6. Qui n'existe qu'en vertu d'un titre impuissant,
7. Ou juridiquement inefficace.
8. Payement d'une créance soldée et éteinte,
9. Due sous condition suspensive,
10. Autre que celle qui est réellement due,
11. Due sous une alternative,
12. Ou sous une condition résolutoire,
13. Ou moindre que celle payée. Comment se fait la répétition de l'excédant.
14. Payement avant l'échéance du terme.
15. Résumé.
16. Le Code Napoléon a posé une règle générale.
17. S'il s'agit de choses fongibles, il y a *promutuum*.
18. Raison de l'action en répétition.
19. Exceptions posées à l'action en répétition.
20. La répétition cesse s'il y a obligation naturelle,
21. Ou devoir de conscience, de piété, d'honneur.
22. La prescription éteint-elle l'obligation naturelle?
23. La répétition cesse quand le débiteur paye malgré un jugement qui l'acquitte,
24. A moins qu'il ait ignoré le jugement, ou que le jugement n'ait pas acquis l'autorité de la chose jugée.
25. La répétition cesse si le débiteur a payé dans le cours d'une instance, sauf erreur.
26. L'esprit de libéralité est une juste cause.
27. Des dons manuels.
28. Qui doit établir que le payement est sans cause ou avec une cause? Distinction.
29. La condition des personnes ne doit pas être considérée.
30. Quand il est prouvé que le payement a eu lieu sans cause, il est présumé fait par erreur.
31. A qui profite le doute? Distinctions.
32. L'erreur de droit doit toujours se prouver.

COMMENTAIRE.

1. Nous avons vu pour quelles causes, dans quels délais, comment les parties contractantes pouvaient demander la nul-

lité, la rescision, la résolution des contrats, *condicere obligationem*, suivant l'expression des docteurs. Nous entrons maintenant dans un autre ordre d'idées. Il ne s'agit plus d'action en nullité, en rescision ou en résolution de contrats ; du moins ces questions sont supposées vidées et résolues : il s'agit de répétition d'une part, de restitution de l'autre.

Une chose a été indûment payée; alors la loi impose, d'un côté, l'obligation de la restituer (1376), et, de l'autre, confère le droit de la répéter (1377); et cette obligation et ce droit ne sont que la conséquence l'un de l'autre. C'est ce que, sous notre législation, nous appelons répétition de l'indû, et en droit romain, *condictio indebiti*.

La loi romaine (1) explique cette obligation de rendre avec sa finesse subtile ordinaire. Celui auquel on a payé par erreur ce qui ne lui était pas dû, est tenu, dit-elle, *quasi ex contractu*. Il est si peu obligé, à proprement parler, en vertu d'un contrat, qu'il est plutôt obligé *ex distractu, quàm ex contractu*, par la dissolution que par la formation d'un contrat. Car celui qui paye une somme d'argent, *animo solvendi*, paye plutôt en vue de dissoudre qu'en vue de former un contrat, *ut distrahat potiùs negotium, quàm contrahat*. Voilà bien le quasi-contrat expliqué avec cette ingénieuse sagacité qui distingue les jurisconsultes de Rome.

2. Cette répétition de l'indû, ou autrement cette obligation de restituer n'existe qu'à une seule condition : il faut que la chose qui en est l'objet ait été payée sans être due, et qu'elle ait été payée par erreur. Ceci résulte de la combinaison des articles 1376 et 1377 (2). Pothier (3) reconnaît cependant trois conditions : il faut, suivant lui ; 1° que ce qui est payé ne soit pas dû ; 2° qu'il n'y ait eu aucun sujet réel de payer ; 3° que le payement ait été fait par erreur. Mais on peut voir que la seconde condition est sous-entendue dans la première.

(1) Instit., *De oblig. quæ quasi ex contractu nascuntur*, § 6.
(2) Toullier, t. 11, n° 59.
(3) *Prêt de consomption*, n° 142.

Quant à nous, il nous semble qu'on pourrait rigoureusement résumer ces deux ou trois conditions dans une seule qui les comprend toutes ; il suffit que la chose ait été payée sans cause, c'est-à-dire, payée dans des circonstances telles que l'obligation de payer contractée dans des circonstances semblables serait nulle à défaut de cause.

Comme toute convention, tout payement doit, en effet, avoir une cause, et de même qu'une convention est nulle lorsqu'elle est sans cause ou sur cause fausse et qu'on peut alors *condicere obligationem* (1), de même aussi, le payement fait sans cause ou sur une cause fausse est nul ; et celui qui a payé peut répéter sa chose contre celui qui l'a reçue, *condicere quantitatem*. Or, si l'on se reporte à ce que nous avons dit de la cause, de son défaut ou de sa fausseté dans les contrats, et qu'on l'applique au payement qui doit avoir également sa cause, on pourra se convaincre que le payement sans cause ou sur fausse cause, réunit les trois conditions exigées par Pothier, pour qu'il puisse donner lieu à l'action en restitution. C'est qu'il entre constamment un élément d'erreur dans l'absence ou la fausseté de la cause, à tel point que s'il n'y avait pas d'erreur, il y aurait lieu de remplacer la cause défaillante par la conscience que la partie avait elle-même de ce défaut de cause. Nous dirons donc, sans croire cette expression plus vraie, mais parce qu'elle nous paraît plus énergique, le payement fait sans cause oblige à restitution celui qui l'a reçu.

3. Nous allons maintenant donner quelques exemples de payements sans cause.

La dette que j'acquitte peut exister, mais à la charge d'un autre. Je vous paye mille francs, croyant vous les devoir. C'est Paul, au contraire, qui vous les doit. Mon payement est sans cause. Nous reviendrons sur ce premier cas dans notre commentaire de l'article 1377.

4. La dette que j'acquitte peut également exister, mais non

(1) L. 1, ff. *Condict. sine causâ.*

au profit de celui à qui je paye. Je paye alors sans cause. Il y a, en effet, payement de l'indu non seulement lorsqu'on paye ce qui n'est pas dû du tout, mais encore lorsqu'on paye à l'un ce qui est dû à un autre. *Indebitum est non tantum quod omninò non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur* (1). Tels sont les cas où celui qui a reçu se serait faussement présenté comme mandataire (2) ou héritier (3) du créancier, sauf le cas d'héritier apparent, du moins en ce sens que le débiteur est valablement libéré (4).

5. La dette peut n'avoir jamais existé. Je vous paye, par exemple, mille francs, sur la foi d'une lettre par laquelle mon père vous priait de lui prêter cette somme. J'en découvre ensuite une autre par laquelle vous exprimez un refus. Vous aurez reçu sans cause et serez tenu de restitution.

6. On paye encore sans cause, lorsqu'on le fait en vertu d'un titre reconnu plus tard impuissant à produire aucun effet. Je vous paye le montant d'un legs, en vertu d'un testament qui plus tard se trouve révoqué par un testament postérieur et ignoré, ou bien est reconnu faux, ou enfin déclaré nul pour un vice de forme.

J'achète ma maison sans le savoir et je paye le vendeur. J'ai fait un payement sans cause et puis le répéter (5).

7. Je paye sans cause, lorsque je fais ensuite, nonobstant le payement, prononcer la nullité ou la rescision du prétendu contrat que j'ai exécuté, et contre l'exécution duquel l'erreur seule m'a empêché d'opposer une exception péremptoire (6). Je vous paye une somme, ou vous délivre une chose en exécution d'une convention que vous avez faite avec mon père. Plus tard, je découvre que le consentement de mon père a été surpris par

(1) L. 65, § ult., *ff. Cond. ind.*
(2) L. 8, C. *Cond. ind.*
(3) L. 29, § 11, *ff. Cond. ind.*
(4) Voy. 1240, n° 1.
(5) L. 2, 37, 51, *ff. Cond. ind.*
(6) L. 26, § 3, *ff. Cond. ind.*

erreur, arraché par dol, extorqué par violence; que le contrat est sans cause, ou sur cause fausse ou illicite. J'aurai droit de répéter ce que vous aurez reçu, par exemple, pour dette de jeu (1).

8. C'est payer sans cause, lorsqu'on paie une dette éteinte. Par exemple, vous avez Paul et Jean pour débiteurs de la même chose. Paul éteint la dette par payement, novation, compensation ou tout autre moyen. Après lui Jean payera sans cause.

Si la dette était alternative, l'option et le payement de l'une des choses dues éteignant la dette, le paiement fait de l'autre deviendrait sans cause.

9. Payer une chose avant l'accomplissement de la condition suspensive sous laquelle elle est due, c'est payer une chose non due; on peut donc la répéter tant que la condition n'est pas accomplie. Mais l'accomplissement ultérieur de la condidition arrête la répétition. Son effet rétroactif légitime, en lui donnant une cause, le payement anticipé (2).

10. Le payement est encore sans cause, lorsque, par suite d'une méprise, il est d'une chose autre que celle qui est due (3). je vous paye, par exemple, du vin de Bordeaux pour du vin de Berry que je vous dois, tel cheval pour tel autre, etc...

11. Prenant de bonne foi *ou* pour *et*, je paye cumulativement les deux choses. Plus tard, je découvre mon erreur et apprends que je les devais seulement sous une alternative. J'aurai ainsi payé l'une des deux sans cause et pourrai, la répéter à mon choix, si le choix n'est au créancier (4)

Ignorant que je devais sous une alternative, je paye une

(1) DURANTON, t. 13, n° 681. — ZACHARIÆ, t. 3, pag. 184.

(2) L. 16, *ff. Cond. ind.*—POTHIER, *Prêt*, n° 150, et *Oblig.*, n° 218.— ZACHARIÆ, t. 3, pag. 185. — DURANTON, t. 13, n° 688. — DELVINCOURT, t. 2, pag. 698.

(3) L. 19, § 3, *ff. Cond. ind.*

(4) POTHIER, *Oblig.*, n° 255. — Voy. 1190, n° 5.

chose. Revenu de mon erreur, je pourrai répéter celle que j'ai payée, mais seulement en offrant l'autre (1). En payant autrement que je ne devais, j'ai en effet payé sans cause. Cette question avait vivement agité les jurisconsultes romains. Nous aurons à y revenir sous l'article suivant.

Il en sera de même, dans le cas où la validité de mon premier payement dépend d'une option ultérieure que je suis en droit de faire. Je vous livre mon cheval avec la réserve de le reprendre, en vous donnant telle autre chose à sa place. En vous offrant cette chose, je puis répéter mon cheval.

Les obligations alternatives présentent souvent des cas de semblable répétition. Mais il ne faut accepter les lois romaines sur ce point qu'avec une très grande réserve. Je me suis obligé, par exemple, à vous donner un esclave, disons aujourd'hui un cheval ou dix écus. Je commence par vous payer cinq écus. En vous payant plus tard le cheval, pourrai-je répéter les cinq écus déjà payés? Oui, dit Pothier (2), d'accord avec les lois romaines (3), parce que le dernier payement démontre si les cinq écus payés précédemment sont dus ou ne le sont pas, *posterior solutio comprobabit priora quinque utrum debita an indebita solverentur*. Or, la livraison du cheval établit après coup que les cinq écus ont été payés sans être dus. Mais il faut, pour que cette espèce se réalise, supposer que le cheval peut encore être légitimement payé, ce qui ne peut avoir lieu que par exception, parce que le payement de cinq écus fait d'abord, prouve mon option pour le payement des dix écus; et je dois achever comme j'ai commencé, à moins que, en donnant les cinq écus, je ne me sois réservé la faculté d'opter plus tard pour le cheval (4).

12. Le payement est encore sans cause lorsque le contrat en exécution duquel il avait eu lieu a été plus tard résolu par l'effet d'une condition résolutoire expresse ou tacite. La rétro-

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 257.
(2) Pothier, *Cond. ind.*, n° 145.
(3) L. 26, § 13, *ff. Cond. ind.*
(4) Toullier, t. 11, n° 81.

activité de la condition accomplie fait qu'il n'y a jamais eu de contrat, et qu'il ne reste qu'un pur fait de payement sans cause. J'échange, par exemple, ma maison contre la vôtre ; l'échange est résolu. Je puis répéter la maison que je vous ai livrée, comme vous la vôtre, parce que la résolution du contrat a détruit nos titres respectifs de possession.

13. On paye encore sans cause lorsqu'on paye plus qu'on ne doit ; alors on peut répéter l'excédant du payement sur la dette (1). Tel est le cas où un héritier paye par erreur au-delà de sa portion virile une dette de la succession (2).

Un conservateur des hypothèques est déclaré responsable de la nullité d'une inscription, et condamné à indemniser le créancier de tout le dommage que pourra lui causer cette nullité. On calcule le préjudice sur le prix des biens adjugés. Mais, sur une poursuite en folle enchère, le prix de l'adjudication définitive se trouve moindre. Le montant du dommage est conséquemment moins élevé. Le conservateur qui aura payé par erreur, sans tenir compte des effets de la folle enchère, pourra répéter ce qu'il a payé en sus du dommage réellement causé, d'après la réduction qui est la suite de la folle enchère. Car, pour tout cet excédant, il se trouve par le fait avoir payé sans cause.

C'est payer plus qu'on ne doit, non seulement lorsqu'on paye une quantité numérique plus considérable que celle qui est due, mais encore lorsqu'on néglige d'opérer une rétention ou une déduction qu'on pouvait exercer ; par exemple, si on amortit une rente sans faire la déduction autorisée par les lois, ou si l'on paye en francs une dette constituée en livres tournois, sans tenir compte de la différence des valeurs.

Pothier (3) cite encore pour exemples le cas où je livre un héritage exempt de servitude, alors que je m'étais réservé un

(1) L. 1, C. *Cond. ind.*
(2) L. 31, *ff. Cond. ind.*
(3) *Cond. ind.*, n° 147.

droit de passage (1), et celui où je paye sans exiger de caution, quand je pouvais en exiger une (2). Je puis répéter la servitude, la caution, *condictione indebiti*. Tels sont encore les cas où l'héritier, cédant ses droits successifs, les livre sans retenir ce que le défunt lui devait (3); où l'on fait la délivrance d'une chose, sans retenir les dépenses qu'on a faites pour sa conservation (4). Mais il est plus vrai de dire alors que la partie exerce ses droits, parce que le payement fait par elle n'emporte aucune renonciation de sa part.

Si, croyant devoir deux cents, tandis qu'en réalité je ne dois que cent, j'abandonne en payement un héritage valant deux cents, pourrai-je le répéter? Oui, suivant la loi romaine (5), à la charge par moi de payer les cent que je dois réellement, parce que, autrement, j'entrerais malgré moi dans un état d'indivision, si je ne répétais que l'excédant de la chose.

Mais cette solution, bien qu'elle soit fondée sur l'indivisibilité des obligations, nous paraît trop absolue; elle dépend, en effet, des circonstances. Ainsi, nous croyons que si la différence était peu importante, et qu'il fût établi que le débiteur eût fait également l'abandon de sa chose, il ne pourrait répéter que l'excédant en valeur. Nous pensons en même temps que si le créancier avait reçu la chose de bonne foi, le débiteur ne pourrait le contraindre à garder toute la chose en remboursant l'excédant en valeur, à moins qu'il ne fût établi que le créancier eût également accepté la dation en payement, s'il eût connu la quotité de la dette. Mais si le prétendu débiteur, au lieu de donner la chose en payement, avait commencé par la vendre à son soi-disant créancier moyennant la somme de..., laquelle serait venue en compensation avec la créance que par erreur il croyait devoir, et qu'en réalité il ne devait pas du tout ou ne devait qu'en partie, dans ce cas il ne pourrait répéter que la

(1) L. 22, § 1, *ff. Cond. ind.*
(2) L. 39, *ff. ibid.*
(3) L. 45, *ff. ibid.* — Art. 1698, C. Nap.
(4) L. 40, *ff. ibid.* — POTHIER, *ibid.*, n° 146. — TOULLIER, t. 11, n° 75.
(5) L. 26, § 1, *ff. Cond. ind.*

totalité ou partie du prix. Car ce n'est pas avec la chose, mais avec le prix en provenant qu'il a payé (1). Et c'est là une des différences notables qui distinguent la dation en payement de la vente proprement dite.

14. Payer avant l'échéance du terme, c'est payer plus qu'on ne doit, suivant les circonstances. Cependant, la répétition cesse. Ce qui a été payé d'avance ne peut être répété (1186), parce que, en effet, il existe une dette que le débiteur a pu volontairement acquitter d'avance, sans que le créancier fût en droit de refuser le payement. Celui-ci a reçu de bonne foi, et ne doit pas éprouver de dommage par suite de l'erreur de son débiteur (2).

On ne pourrait non plus, par les mêmes raisons, répéter ce qu'on aurait payé dans un lieu autre que celui où le payement devait se faire.

Exceptons toutefois les cas de dol et de fraude où le débiteur aurait été induit à payer par anticipation. Exceptons également celui où les intérêts se trouvant englobés dans le capital, le débiteur aurait payé d'avance par erreur et dans l'ignorance de cette confusion. L'article 1186 suppose, en effet, que l'on paye ce qui est dû. Or, en payant des intérêts non courus, on paye plus qu'on ne doit; on peut donc répéter cet excédant comme payé sans cause.

15. En résumant les divers cas de restitution que nous venons d'énumérer, nous disons que l'obligation de restituer existe, parce que le payement est sans cause, toutes les fois que, dans les rapports de celui qui paye avec celui qui reçoit, il n'existe aucune obligation, ou, ce qui revient au même, qu'il n'en existe qu'une nulle, rescindable, résoluble, éteinte ou autrement payable.

16. Le droit romain a dispersé dans divers titres les règles relatives à la répétition du payement fait sans cause. Il y a dans

(1) POTHIER, *Vente*, n° 602.
(2) Voy. 1186, n°s 34 et suiv.

le Digeste et dans le Code *condictio indibiti; condictio causâ datâ causâ non secutâ; condictio ob turpem vel injustam causam,* espèces particulières de l'action générique, *condictio sine causâ,* qui les comprend toutes (1).

Le Code Napoléon a aussi sa *condictio sine causâ* dans les termes généraux des articles 1376 et 1377. Il s'est attaché à un principe sans s'occuper, comme le droit romain, de certaines différences qui sont du domaine de la doctrine. Notre ancien droit lui-même n'était pas descendu dans ces détails, et se bornait à dire, comme la loi nouvelle qui n'en est que l'écho, qu'on est en droit de répéter ce qu'on a payé par erreur et sans le devoir, c'est-à-dire sans cause.

17. Les docteurs (2) faisaient une distinction entre le payement des choses fongibles et le payement des choses non fongibles. S'agissait-il de choses fongibles, le payement produisait ce qu'ils appelaient *promutuum,* parce qu'il imposait à celui qui avait reçu la chose l'obligation de la restituer, comme s'il l'avait reçue pour cause de prêt, *quasi ex mutuo, quasi ex mutui datione* (3); *perindè... ac si mutuum ei daretur* (4). S'agissait-il de choses non fongibles, l'action, pour les faire rendre, prenait le nom particulier de *condictio indebiti,* bien que cette action comprenne tous les cas de payement et généralement de quelque chose que ce soit (5). Cette distinction, purement doctrinale, est assez indifférente dans la pratique, où l'on s'attache moins à la dénomination de l'action qu'à son but et à ses résultats.

18. Cette obligation de restituer est fondée sur un principe de justice et d'équité universelle; c'est que nul ne peut s'enrichir aux dépens et au préjudice d'autrui (6), ni fonder en sa

(1) Voy. L. 1, *ff. Cond. ind.*, et la glose.
(2) POTHIER, *ibid.*, nos 132 et suiv.
(3) L. 5, § 3, *ff. De oblig. et act.*
(4) Instit., *De oblig. quæ quasi ex contr. nasc.*, § 6.
(5) POTHIER, *ibid.*, n° 140.
(6) L. 206, *ff. De reg. jur.*

faveur un prétendu droit de propriété sur un fait matériel de tradition, impuissant par lui-même à transférer aucun droit, s'il ne s'appuie sur quelque cause licite et réelle (1). Il n'importe dès lors, du moins quant à la restitution de la chose principale, qu'elle ait été reçue sciemment ou par erreur (1376), c'est-à-dire de mauvaise foi ou de bonne foi.

19. Nous n'ajouterons que de très courtes observations à ce que nous avons dit de la fausse cause. On peut, sur ce point, recourir à notre commentaire de l'article 1131. L'absence et la fausseté de la cause, là où elles annulent les conventions, annulent de même les payements. Il suffit donc de savoir quand on peut demander la nullité d'une convention pour absence ou fausseté de cause, pour savoir aussi quand on peut répéter ce qui a été payé sans cause.

Dans tel cas cependant, le payement est valable et le droit de répétition cesse, bien que la convention de payer, faite dans les mêmes circonstances, soit frappée de nullité ; par exemple, en cas de dette de jeu ou de pari (1967).

Dans tel cas encore, la convention est nulle comme ayant une cause illicite, et le payement fait en conséquence n'ouvre pas l'action en répétition ; par exemple, dans le cas d'une convention contraire aux bonnes mœurs et aux prohibitions pénales. On peut voir notre commentaire de l'article 1133.

20. L'existence d'une simple obligation naturelle suffit pour valider la convention ; elle suffit de même pour valider le payement. Alors, en effet, le payement n'est pas sans cause (2).

21. Ne serait pas non plus sans cause le payement fait pour accomplir un devoir de conscience et satisfaire à un sentiment de piété et d'honneur (3).

(1) L. 31, *ff. De acq. rer. Dom.*

(2) Art. 1235, C. Nap. — L. 16, § 3, *ff. De fidejuss.* — POTHIER, *ibid.*, n° 156. — TOULLIER, T. 11, n°s 87 et suiv.

(3) L. 32, § 2, *ff. Cond. ind.* — TOULLIER, T. 11, n° 89. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 257, n° 9.

22. Comme exemple de payement d'une dette naturelle, on cite communément celui d'une dette contre laquelle la prescription était acquise (1). Cependant, il faut s'entendre.

Veut-on dire que la prescription n'opère pas de plein droit l'extinction de la créance, qu'il faut l'opposer comme une exception à la demande, parce que le juge ne peut la suppléer d'office, on est alors dans les termes mêmes de l'article 2223. Mais veut-on dire que si la partie au profit de laquelle la prescription est acquise ne veut point en profiter par un sentiment de délicatesse, par un scrupule de conscience; parce que ce moyen de libération ou d'acquisition lui paraît inique et injuste; veut-on dire que si elle paye elle ne fait qu'acquitter dans ce cas une dette naturelle? A notre sens on se trompe.

Les articles 1234 et 2219 disent bien que les obligations s'éteignent par la prescription, que la prescription est un moyen de se libérer, mais il est sous-entendu avec les conditions nécessaires pour le rendre légalement efficace. Or, l'article 2223 veut que la partie l'oppose; ne pas l'opposer, c'est y renoncer. Lors donc que la partie n'en excepte point, c'est comme si la prescription n'existait pas du tout; et on ne doit plus, dès lors, parler de dette prescrite, car il n'y en a pas. Ce n'est donc pas une simple obligation naturelle qui est acquittée; c'est une dette civile; c'est la dette primitive, dans toute sa force, dans toute son identité. Elle a son principe dans l'acte même qui l'a créée; et elle n'a pas besoin d'en chercher un autre dans le droit naturel, quand le droit civil lui sert de base et d'appui. En un mot, faute par le débiteur de ne pas avoir opposé la prescription, il est resté dans les liens d'une obligation dont rien n'a altéré le caractère purement civil (2).

Mais si le débiteur, après avoir opposé et fait reconnaître la prescription, paye néanmoins la dette, dans ce cas, aura-t-il payé sans cause, sans cause naturelle comme sans cause civile? Nous touchons à une question délicate; la prescription recon-

(1) Pothier, *ibid.*, n° 156, et *Oblig.*, n° 196, 642. — Merlin, Rép., v° *Prescription.* — Duranton, t. 10, n° 41, et t. 21, n° 107.

(2) Troplong, *Prescript.*, n° 31, 75.

mue et déclarée éteint-elle l'obligation naturelle, comme elle éteint l'obligation civile? Parmi les interprètes du droit, nous n'en connaissons aucun qui, au point de vue de l'utile, ait contesté le principe même de la prescription. Elle fixe en effet la propriété, rassure les existences privées, raffermit enfin les bases de la société. Aussi, l'a-t-on appelée la patronne du genre humain. Mais au point de vue du juste!... Ici commence le dissentiment. Les uns ont fait de la prescription un moyen d'acquérir ou de se libérer aussi conforme aux règles de l'équité naturelle, qu'aux nécessités de l'intérêt public. D'autres, faisant la part du juste et de l'utile qui se trouvent toujours, quoique diversement combinés et fondus ensemble dans les œuvres du législateur, ont prétendu que la prescription était un moyen d'acquérir et de se libérer contraire à l'équité, au droit naturel. Et c'est en exagérant cette pensée qu'on en a fait un moyen de défense impie, *impium præsidium* (1), et qu'on a répété ce vieil adage : Il n'y a que la mauvaise foi qui prescrive.

Il nous semble qu'il y a quelque exagération dans les opinions exclusives qui absolvent ou condamnent systématiquement la prescription. Mais nous pensons qu'il y en a surtout dans celle qui considère la prescription comme étant de tous points et dans tous les cas conforme au droit naturel. Que le possesseur de bonne foi se retranche dans sa possession pour conserver l'héritage où il a mis son travail, sa fortune, son affection, sa personne ; qu'il s'y attache par tous ces liens si forts en eux-mêmes et que le temps a consolidés ; que le droit civil le déclare propriétaire, au lieu de le déposséder au profit de l'ancien maître qui est resté dans une inaction négligente ou coupable, mais dommageable dans tous les cas ; il n'y a là sans doute rien de contraire aux principes du droit naturel. Car les sentiments de justice que la nature a gravés dans tous les cœurs enseignent hautement qu'il y a plus d'équité à maintenir et à élever à la dignité de propriété pleine et

(1) Voy. novelle 3.

absolue une possession respectable par son ancienneté, son titre et sa bonne foi, qu'à réintégrer l'ancien propriétaire dans un droit qui est demeuré oisif et semble s'être abdiqué et oublié lui-même, comme il s'est fait oublier par son silence et son inaction. Le possesseur peut alors dire qu'il a prescrit, et le dire sans scrupule, sans remords, avec cette sécurité de la bonne foi qui est la paix d'une bonne conscience.

Que la fixation du temps nécessaire pour la prescription soit arbitraire; ceci importe peu, du moment que nous considérons la prescription dans son principe, et non dans ses conditions.

Mais lorsqu'il s'agit de la mauvaise foi, qui ne sent, sous les généreuses inspirations de l'équité, l'impuissance et l'illégitimité de ses actes? L'usurpateur aura beau par son travail, par sa possession se donner l'apparence du droit et de la conscience de son droit. S'il peut tromper le public, pourra-t-il s'abuser lui-même sur le vice originel de sa possession? Singulière illusion de l'injustice et de la violence! Que dans le silence et l'inaction du vrai propriétaire, la loi civile voie avec le temps, une présomption suffisante qu'il a abdiqué son droit et y a renoncé; ce n'est là qu'une fiction légale qui, dans les rapports de l'usurpateur avec son adversaire, ne peut établir la certitude intime d'aucune abdication de la part de ce dernier. Il ne suffit pas, pour la satisfaction des sentiments d'une imprescriptible équité, que la loi suppose que l'ancien propriétaire a renoncé à son droit; il faut que l'usurpateur puisse se dire à lui-même et avec vérité qu'il y a renoncé. Or, sa mauvaise foi est une incessante protestation contre la sincérité d'une allégation semblable.

Le long silence du véritable propriétaire aura pu sans doute être préjudiciable au possesseur de mauvaise foi; mais celui-ci ne lui aura-t-il pas causé un plus grand tort par l'usurpation de sa propriété? Au surplus, le prétendu dommage dont viendrait se plaindre l'usurpateur est moins un préjudice qu'un mécompte. Il a connu le vice de sa possession et il a dû savoir, par les simples notions du droit naturel, qu'elle était

impuissante à constituer en sa faveur un titre que l'équité pût avouer.

Si de la prescription à l'effet d'acquérir nous passons à la prescription à l'effet de se libérer, ne devons-nous pas dire avec plus de raison encore quelle est contraire au droit naturel? Le débiteur n'a pas même à invoquer sa possession, sa mise de travail, l'incorporation de sa personne à la chose prescrite. Il n'a fait que négliger de se libérer, et, s'il s'attache à la chose, ce n'est point par ce sentiment d'affection qui naît de la durée de la possession et de l'application de la main-d'œuvre; c'est uniquement par un sentiment de cupidité. Qu'importe alors le long silence du créancier? La négligence du débiteur à payer est certainement plus coupable que la négligence du créancier à poursuivre; car, ayant la conscience de son obligation, il a dû s'acquitter spontanément envers lui, aussi bien que sur sa demande. Nous en appelons au sentiment de l'équité la plus vulgaire; est-ce de droit naturel que de payer son médecin, son domestique, le maître de pension de son fils avec la prescription de la loi? C'est bien ici surtout que l'on peut dire qu'il n'y a que la mauvaise foi qui prescrive.

Nous nous séparons donc des jurisconsultes, publicistes et philosophes qui veulent tout rapporter au droit naturel, jusqu'à la prescription établie au profit de celui dont la possession a été de mauvaise foi. Certes, ils doivent avoir une bien haute opinion de la loi, pour en déclarer les dispositions toujours équitables, parce que le principe en est toujours utile. Ne faut-il pas cependant distinguer l'utile du juste? Ne voit-on pas que poser en principe que son utilité rend toute chose légitime, c'est fonder la théorie la plus aride, la plus égoïste, la plus subversive des notions élémentaires de moralité? Que le législateur parfois confonde le juste et l'utile; qu'il demande au droit naturel quelques concessions dans un intérêt général; il le peut, il le doit; c'est une nécessité sociale. Mais qu'il ait la prétention de faire de la morale avec de l'intérêt, fût-ce même de l'intérêt public!... Je réponds qu'il n'est personne

qui ne comprenne que les recueils de lois ne sont point, ne peuvent plus être les livres de morale.

Le plus éloquent défenseur de la prescription, M. Troplong (1) a fait les plus grands efforts pour en réhabiliter le principe, et le placer sous la sauvegarde d'une constante équité. Il est cependant forcé de reconnaître que « les rapports nécessaires des parties étant insuffisants pour donner la cause de la prescription au profit du possesseur de mauvaise foi, il faut s'élever à des rapports plus généraux, et consulter le droit conventionnel qui, par des raisons d'utilité publique, crée souvent des droits et des devoirs qui n'ont pas leur fondement dans le droit naturel (2). » Il dit encore que la prescription est fondée sur une sorte de fiction mystique que conseille l'intérêt public;... que la loi positive a raison de demander un léger sacrifice à la loi naturelle. Oui, le principe de la prescription exige un sacrifice à la loi naturelle, sacrifice légitime, commandé, il est vrai, par des considérations d'intérêt général. Mais alors, si la prescription accomplie au profit du possesseur de mauvaise foi, ou au profit du débiteur, est un moyen d'acquérir et de se libérer uniquement basé sur le droit conventionnel ou la loi positive, elle ne se fonde point sur le droit naturel; elle doit nécessairement, après avoir été civilement acquise, laisser subsister une obligation naturelle (3); et on a lieu de s'étonner que ceux-là mêmes qui admettent le principe en rejettent néanmoins la conséquence.

Ce n'est pas sans doute une obligation naturelle du genre de celles dont parle M. Toullier (4); ce n'est pas une obligation naturelle telle qu'elle puisse servir de base à un cautionnement (5), ou venir en compensation (6). Mais c'est une

(1) *Prescript.*, nos 9 et suiv.

(2) *Prescript.*, no 13.

(3) *Contrà*, Troplong, *ibid.*, nos 29 et suiv. — Dunod, pag. 108.

(4) T. 6, nos 387 et suiv.

(5) Brunemann, sur la loi 37, ff. *De fidejus.* — Dunod, pag. 109. — Troplong, no 30.

(6) Dunod, *ibid.* — Voy. 1291, no 25.

obligation naturelle, en ce sens que l'extinction civile de la dette et l'acquisition civile de la chose laissent encore un compte à régler avec la conscience, un devoir d'honneur et de délicatesse à accomplir (1).

Quoi qu'en dise M. Troplong (2), cette question est autant pratique que philosophique. Si, en effet, celui en faveur duquel la prescription est accomplie paye la dette ou restitue la chose par un sentiment d'honneur et d'équité, il ne fait pas une donation pure et simple. C'est qu'alors sa conduite n'a pas été dirigée par le seul esprit de libéralité, et qu'elle s'explique et se justifie d'ailleurs par l'existence d'une obligation morale, par les règles du droit naturel. Aussi, ne doit-on pas appliquer à ce payement ou à cette restitution les principes relatifs aux donations et consacrés notamment par les articles 843, 1083, 920 et suivants du Code Napoléon. Telle est l'opinion de M. Troplong (3), qui, peu conséquent avec lui-même, semble cette fois reconnaître qu'il n'y a que la prescription établie en faveur du possesseur de bonne foi qui soit fondée sur l'intérêt public, sans être en opposition avec le droit naturel; de telle sorte que la renonciation qui y est faite constitue une aliénation à titre gratuit dans toute la force du mot, puisqu'alors il n'existe même pas de devoirs de conscience à accomplir. Or, c'est là précisément la distinction que nous entendions faire et la conclusion à laquelle nous voulions arriver.

Quoi qu'il en soit, que la prescription en général laisse ou non subsister une obligation naturelle, toujours est-il, que ce qui a été payé involontairement et par erreur, quand on pouvait opposer la prescription, est sujet à répétition. Mais c'est à celui qui a payé de prouver son erreur de fait ou de droit. Observons toutefois que l'erreur de droit sera bien difficile à démontrer, et que l'erreur de fait elle-même aura besoin de preuves tellement manifestes qu'il soit impossible de douter

(1) TROPLONG, n° 29, *in fine*.
(2) N° 33.
(3) N° 105.

que le payement ait eu lieu involontairement, par surprise, et sans l'intention de satisfaire à un devoir d'honnêteté et de conscience (1).

23. Comme la prescription, un jugement d'absolution dispense civilement de payer. Mais l'autorité des décisions de la justice n'est fondée elle-même que sur une présomption légale de vérité que le législateur a instituée dans un intérêt public. Après un jugement même investi de l'autorité de la chose jugée, comme après la prescription acquise, l'obligation naturelle subsiste donc toujours : *Licet enim absolutus sit, naturâ tamen debitor permanet* (2). Si donc le débiteur paye depuis le jugement d'absolution, pourvu qu'il le fasse spontanément, il ne pourra répéter ce qu'il aura payé, ou il ne pourra le répéter qu'à la charge par lui d'établir qu'il a payé involontairement et par erreur. *Judex si malè absolvit, et absolutus suâ sponte solverit repetere non potest* (3) ; Si le juge a mal à propos prononcé un jugement d'absolution et que la partie relaxée des poursuites ait payé spontanément, le droit de répétition cesse. Qu'on veuillé bien en effet, remarquer ces mots, *suâ sponte* ; ils ne signifient pas seulement que la volonté doit être libre de toute contrainte extérieure, mais encore qu'elle doit l'être de toute erreur et de toute surprise. C'est seulement alors que cesse le droit de répétition, parce que le débiteur absous est censé ne pas avoir voulu, par remords de conscience, profiter d'un jugement dont il est forcé de s'avouer l'iniquité. Il paye enfin, en exécution de l'obligation naturelle que le jugement n'a pas détruite (4).

24. Pothier va plus loin. Il donne une telle puissance à cette obligation naturelle que, suivant lui, elle suffit pour empêcher

(1) DUNOD, pag. 109. — TOULLIER, T. 6, n° 74, en note, et T. 11, n° 88. — TROPLONG, *Prescript.*, n° 33. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 184. — DURANTON, T. 21, n° 107. — MERLIN, Rép., v° *Prescript.*, sect. 1, § 3.

(2) L. 60, *ff. Cond. ind.*

(3) L. 28, *ff. Cond. ind.*

(4) TOULLIER, T. 11, n° 88.

la répétition, le payement eût-il été fait même sans connaître la décision rendue (1). M. Toullier (2) pense au contraire que le débiteur peut exercer dans ce cas le droit de répétition. Cette dernière opinion nous paraît la plus juste. Le jugement rendu laisse sans doute subsister une obligation naturelle; mais pour qu'on puisse dire que c'est elle qui a été acquittée, il faut que le débiteur en ait eu la conscience au moment du payement. Elle n'existe en effet, comme au cas de prescription, que par la reconnaissance qu'il en fait en lui-même, et par l'intention qu'il imprime à son payement. Or, peut-on dire que, cette obligation naturelle, il a voulu précisément l'acquitter, lorsque, dans l'ignorance du jugement rendu, il a pu payer par un tout autre motif? En effet, il a peut-être payé pour éviter les désagréments de plus longues poursuites, pour couper court à un procès qui lui répugne; le payement qu'il a effectué est peut-être un sacrifice fait à son repos, à sa tranquillité, à son amour-propre qui redoute une condamnation possible, car les décisions des hommes sont incertaines : Eh bien, au moment où il paye croyant que l'instance dure encore, le procès est vidé, il y a un jugement qui l'absout; nous disons qu'il a payé sans cause, par erreur, qu'il n'aurait certainement rien payé, s'il avait connu la décision favorable, dont l'incertitude était le seul motif déterminant de sa conduite. C'est donc en vain que Pothier (3) veut établir une différence entre le cas où l'on paye, et celui où l'on transige dans l'ignorance du jugement rendu. De même que la transaction intervenue est nulle, de même aussi le payement est sujet à répétition (2056).

Notre décision serait d'une vérité encore plus sensible, si la partie qui a payé avait ignoré jusqu'à l'existence de l'instance.

Mais il faut supposer que le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée au moment du payement. S'il ne l'avait pas acquise, on conçoit que le droit de répétition serait fort difficile,

(1) *Cond. ind.*, n° 145, *in fine*.
(2) T. 11, n° 88.
(3) *Ibid.*, n° 157.

pour ne pas dire impossible à accorder. Un appel peut, en effet, remettre tout en question, prolonger l'instance d'une façon plus fâcheuse. Il devient dès lors d'autant plus incertain que l'ignorance du jugement rendu ait été la cause unique et déterminante du payement, puisqu'il y avait encore d'autres raisons suffisantes pour payer, malgré le jugement rendu, et même en dehors de toute obligation naturelle. La distinction posée par l'article 2056 est trop raisonnable pour ne pas l'appliquer au cas de payement comme au cas de transaction.

25. Ce qui a été payé dans le cours d'une instance peut-il être répété? La loi romaine (1) décide que non, par la raison que le débiteur qui a payé n'a jamais payé sans cause, qu'il soit en définitive condamné ou absous. Condamné, il a payé une dette civile; absous, une dette naturelle. Dans l'un et l'autre cas, il n'en est pas moins un véritable débiteur. C'est le titre que lui donnent les jurisconsultes Paul et Julien, *verum debitorem*, alors même qu'ils l'appellent débiteur naturel, *debitorem naturâ* (2). Mais cette raison serait elle-même insuffisante, si le débiteur n'avait payé en connaissance de cause, c'est-à-dire de l'instance et de l'action. La loi romaine suppose, en effet, que le payement a eu lieu sans erreur, après l'instance liée et par conséquent connue; *post litem contestatam, manente adhuc judicio*. Or, dans ce cas, le débiteur ne paye pas seulement pour acquitter une dette naturelle; il peut payer encore par d'autres raisons qui sont une cause suffisante de payement.

Mais si le payement avait eu lieu sans qu'il connût l'instance, le débiteur serait alors dans le cas d'un payement fait par erreur, et son erreur touchant l'existence de l'instance ne rendrait que plus difficile la justification du payement opéré par lui. Il pourrait donc exercer la répétition de l'indû, sauf au prétendu créancier à établir que le payement a d'ailleurs une cause suffisante.

(1) L. 60, *ff. Cond. ind.*
(2) Voy. la glose sur cette loi.

Quoi qu'il en soit, celui qui a payé, connaissant même l'existence de l'instance, peut encore répéter, pourvu qu'il prouve qu'il n'a payé que dans l'ignorance d'une exception péremptoire existante en sa faveur; *nisi sciens se tutum exceptione solvit* (1).

26. Il n'y a pas que l'existence d'une obligation naturelle, d'un devoir de conscience, d'honneur, de piété, qui puisse servir de cause au payement, et en empêcher ainsi la répétition; il suffit d'un esprit de libéralité. La loi le présume dans tous les cas où l'on paye sciemment, volontairement, avec intention. Alors le droit de répétition cesse, parce qu'il est impossible de prouver que le payement ait eu lieu sans cause, bien qu'il ait eu lieu sans obligation. En un mot, à payer par erreur, il y a répétition; à payer sciemment, donation; *cujus per errorem dati repetitio est, ejusdem consulto dati donatio est* (2).

Ceci résulte du texte même de l'article 1377, qui suppose un payement fait par erreur; et quand nous parlons nous-même d'un payement fait sans cause, nous supposons toujours un élément d'erreur qui caractérise essentiellement l'absence ou la fausseté de toute cause. N'est-ce pas, après tout, une présomption conforme à la raison, que celui-là veut donner qui paye sciemment ce qu'il ne doit pas? La tradition de la chose ne serait alors qu'une déception pour celui qui l'aurait reçue. Du reste, celui qui a payé ne peut invoquer la maxime d'équité et de droit, que nul ne peut s'enrichir au préjudice d'autrui; car il n'y a pas de préjudice dans l'acte consommé volontairement et en connaissance de cause. N'éprouve pas de dommage qui l'a bien voulu; *nulla est injuria quæ in volentem fiat* (3).

Il ne pourrait même répéter, protestât-il en lui-même contre l'esprit de libéralité que la loi présume, et ne payât-il qu'avec

(1) L. 26, § 3, *ff. Cond. ind.*
(2) L. 53, *ff. De reg. jur.* — L. 1, *ff. Cond. ind.* — L. 9, C. *Cond. ind.*
(3) L. 1, § 5, *ff. De injuriis.*

l'intention de répéter plus tard (1). Cette protestation intérieure et tacite serait, en effet, clandestine et incompatible avec un fait consommé; double raison qui la rend inefficace. — Lorsque le payement a été fait ainsi en l'absence de toute erreur et en connaissance de cause, celui qui l'a opéré est forclos du droit de répétition, quelle qu'ait été d'ailleurs son imprudence, et alors même que celui qui a reçu ait été de mauvaise foi, à moins de manœuvres frauduleuses et dolosives de sa part. L'action en répétition de l'indû est, en effet, fondée bien moins sur la mauvaise foi de celui qui reçoit, que sur l'erreur de celui qui paye. Or, du moment que cette condition essentielle d'erreur manque du côté de celui qui paye, il importe peu que celui qui reçoit ait ou non la conscience qu'il touche ce qui ne lui est pas dû par celui qui effectue le payement. Le droit de répéter cessant, l'obligation corrélative de restituer cesse aussi dans ce cas; car il n'y a rien de mieux acquis que ce qui a été payé sciemment et volontairement.

27. C'est pourquoi les dons manuels sont valables. Ils sont parfaits par la tradition qui s'opère dans un esprit pur de libéralité (2). Mais qu'on veuille bien remarquer que les choses mobilières (et encore faut-il excepter les meubles incorporels) sont seules susceptibles de don manuel. Le mot l'indique assez lui-même. Il faut, en effet, une chose qui puisse se transmettre de la main à la main. Quant aux immeubles, l'esprit seul de libéralité serait insuffisant. La transmission en est trop importante pour qu'on la dispense des formes prescrites à l'égard des donations, alors du moins qu'elle ne se déguise point sous la forme d'un contrat à titre onéreux. Si donc le payement consiste en une chose immobilière, le droit de répétition existera, tant qu'il ne sera pas prouvé que le payement a eu lieu,

(1) L. 50, *ff. Cond. ind.*

(2) Voy. RICARD, *Donat.*, P. 1, nos 890 et suiv. — FURGOLE, Ordonn. de 1731, art. 1. — POTHIER, *Donat.*, sect. 2, art. 1. — MERLIN, Quest., vo *Donation*, § 6, et Rép., vo *Donation*, 2, § 7. — GRENIER, T. 1, no 176. — TOULLIER, T. 5, nos 177 et suiv. — DURANTON, T. 8, no 388. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 62. — TROPLONG, *Donat.*, nos 1039 et suiv., etc...

non dans un esprit de libéralité pure, mais en exécution d'une obligation naturelle. Alors, en effet, la tradition prend le caractère d'un payement à titre onéreux, ou du moins non purement gratuit; ce qui suffit pour le légitimer à la fois dans le fond et dans la forme.

28. La preuve que le payement a été fait sans cause ne résulte elle-même, d'après ce que nous avons dit, que de la preuve d'un double fait, à savoir : que la chose n'était pas due, et qu'elle a été payée par erreur. Mais qui doit prouver que la chose n'était pas due?

La loi romaine répond à cette question par une distinction pleine de sens et de sagesse (1). Nous en donnons la traduction : « On répète une chose comme indûment payée; qui doit prouver qu'elle n'était point due? Distinguons; celui qu'on prétend avoir reçu la chose nie-t-il l'avoir reçue, et celui qui l'a payée prouve-t-il légalement qu'il la lui a réellement payée; dans ce cas, celui qui a dénié l'avoir reçue doit prouver qu'elle lui était due. Il est en effet absurde que celui qui a commencé par nier le payement, une fois convaincu de l'avoir reçu, exige de son adversaire la preuve que la chose n'était point due. Que si, au contraire, il commence par reconnaître le payement, et prétend que la chose lui était due, personne ne doute qu'il n'ait une présomption en sa faveur. En effet, celui qui paye n'est jamais assez dépourvu de bon sens pour dissiper sa fortune dans des payements sans cause. Et ceci est vrai surtout, si celui qui excepte d'un payement fait sans cause est un père de famille attentif, soigneux de ses affaires, de la part duquel toute erreur et toute méprise sont incroyables. A lui donc d'établir par des preuves manifestes qu'il a payé par dol ou par erreur ce qu'il ne devait pas; sinon, il ne pourra répéter. » Voilà bien la raison écrite (2).

29. Cette même loi, dans son § 1er, posait une exception en

(1) L. 25, *ff. De probat.*

(2) TOULLIER, T. 11, n° 64. — DURANTON, T. 12, n° 12. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 187.

faveur des mineurs, des femmes, des vieillards, des militaires, des gens de la campagne, des personnes sans expérience dans les affaires, *forensium rerum expers*, ou d'un caractère insouciant et simple, *simplicitate gaudens et desidiâ deditus*. Il y avait pour eux présomption de payement sans cause, et c'était à leur adversaire à prouver que ce qu'il avait reçu lui était réellement dû. Aucun texte du Code Napoléon n'autorise aujourd'hui cette exception. Elle présente trop de dangers, trop de difficultés dans l'application, pour qu'on puisse l'admettre dans notre jurisprudence. Comment, en effet, classer les intelligences par catégories? Comment établir entre elles des gradations et des distinctions d'une vérité tellement constante qu'elle ne puisse jamais être démentie (1)?

Il y a sans doute quelque chose de vrai dans la distinction faite par la loi romaine; nous nous empressons de le reconnaître, nous voulons même en tenir compte. De même qu'il est plus difficile de croire à une erreur et à une méprise de la part d'un père de famille soigneux de ses affaires, de même aussi il est plus facile d'y croire de la part d'une personne dont l'intelligence est simple et bornée. Mais nous nous gardons bien d'apprécier les intelligences par masses, par classes, suivant les âges, les professions, les positions sociales. On doit se borner à une appréciation individuelle; et cette appréciation, au lieu de rentrer dans les termes d'une exception absolue, ne constituera qu'un simple élément de preuve dans l'espèce donnée. Ainsi, celui qui aura à établir qu'il a payé sans cause et par erreur, pourra argumenter de la simplicité de son esprit, de son inexpérience, non pas pour se décharger de la preuve qui lui incombe, mais seulement pour la compléter ou plus aisément la faire.

30. La preuve une fois faite qu'on a payé ce qu'on ne devait pas, la présomption est qu'on a payé par erreur. Et cette présomption est toute naturelle. Quel est en effet, ainsi que le dit la loi romaine, l'homme assez dépourvu de sens pour dissiper

(1) TOULLIER, T. 11, n° 65.

sa fortune dans des payements sans cause? On peut bien dire que le payement a été fait sciemment, avec réflexion, avec connaissance que la chose n'était pas due. Mais rien ne le prouve, rien même ne le fait présumer; mais ce n'est là qu'une prétention que rien ne justifie, et que détruit, au contraire, cette présomption naturelle et vraie, qu'on ne se laisse pas aisément aller à de semblables donations, à de pareilles prodigalités.

Tout payement supposant une obligation, l'existence de cette obligation en est la cause, comme son extinction en est le but. Cette cause, il la porte naturellement en lui-même; mais lorsqu'elle est prouvée et reconnue fausse, par suite de la non existence d'aucune obligation, c'est à celui qui a reçu qu'incombe la charge de prouver que le payement avait une autre cause réelle. Or, comme cette cause ne peut être prise que dans un esprit de libéralité de la part de celui qui a fait le payement, et que cet esprit de libéralité ne peut exister que tout autant que le payement a été fait sciemment et en pleine connaissance, celui qui a reçu doit établir que le payement a eu lieu avec réflexion, dans ces conditions de gratuité.

Mais il ne suffit pas à celui qui a payé, pour faire naître la présomption qu'il n'a payé que par erreur, d'établir qu'il n'existait contre lui aucune obligation civile dont le payement fût exigible par les voies de droit; il faut en outre qu'il n'existe à son égard aucune obligation naturelle, aucun devoir de conscience, d'honneur. C'est seulement en l'absence de toute obligation civile, naturelle ou morale, que le payement est présumé fait par erreur. Je paye, par exemple, une dette prescrite; comme la prescription ne détruit pas toujours l'obligation naturelle, je devrai pousser la preuve que j'ai payé sans cause jusqu'à établir que j'ai payé par erreur. De même, si je paye un legs contenu dans un testament nul pour vices de forme, comme j'ai pu payer par un motif de piété, par respect pour la volonté et la mémoire de mon auteur, je devrai établir mon erreur, outre l'absence de toute obligation civile. Cette distinction est fort importante pour l'ordre des preuves à faire.

31. Elle nous sert encore à résoudre une autre question : Dans le doute, contre qui devra-t-on se prononcer ? Contre celui qui, devant prouver un fait, n'en apporte qu'une preuve incomplète et insuffisante ; tel est le principe du droit commun ; telle est la règle suprême des décisions judiciaires. Or, nous connaissons déjà l'ordre dans lequel les preuves doivent se faire. Celui qui prétend avoir payé doit commencer par prouver le payement. Le fait du payement est-il douteux ; pas de répétition.

Est-il prouvé contre les dénégations de celui qui a reçu ; c'est à ce dernier à établir l'existence d'une cause ; car sa dénégation mensongère est l'aveu le plus puissant de l'absence de toute cause et de l'impossibilité où il est de justifier le payement. S'il ne prouve point qu'il y ait une cause, il doit restituer.

S'il a reconnu le fait de la réception, celui qui a payé doit alors prouver qu'il a payé ce qu'il ne devait ni par obligation civile, ni par obligation naturelle, ni par obligation morale ; et, s'il y a doute sur l'existence d'une semblable obligation, la répétition cesse, puisqu'il n'est pas prouvé qu'aucune obligation n'existe.

Mais s'il est prouvé qu'il n'existait aucune sorte d'obligation, celui qui a reçu doit alors prouver que le payement a eu lieu sciemment, volontairement, avec parfaite connaissance. S'il ne fait cette preuve que d'une manière incomplète, la répétition de l'indû est exercée à bon droit. Dans le doute, il vaut mieux se prononcer en faveur de la répétition que pour un profit adventice; *in re obscurâ melius est favere repetitioni quàm adventitio lucro*, dit la loi romaine (1).

Une lecture superficielle de cette loi pourrait la faire entendre dans un sens trop absolu. Nous avons donc cru devoir entrer dans quelques détails, et montrer qu'elle s'applique uniquement au cas où celui qui a reçu en est réduit à chercher et à préciser une cause au payement fait entre ses mains, dans

(1) L. 41, § 1, ff. *De reg. jur.*

un esprit de générosité et de gratuité de la part de celui qui a payé. Les termes de la loi romaine indiquent eux-mêmes cette restriction. Elle s'occupe, en effet, d'un avantage casuel et inespéré, *adventitio lucro;* et, dans ce cas, c'est précisément sur celui qui a reçu qu'incombe la preuve. La loi romaine n'est donc que l'application de ce principe, que celui-là perd sa cause qui ne fait point sa preuve. C'est dans ce sens encore qu'il faut entendre ce que nous avons dit sur l'article 1110, *in dubio nocet error erranti,* parce que, s'agissant dans ce cas d'annuler une convention pour cause d'erreur, il faut démontrer l'existence de cette erreur, et que, à défaut d'une preuve complète, le contrat doit être maintenu. Or ici, comme il s'agit de répétition, et que, par suite de la démonstration d'un premier fait, l'ordre des preuves, quant à l'erreur, se trouve renversé, le doute profite à celui qui a eu sa faveur une présomption légale d'erreur et de surprise.

32. Nous n'avons pas besoin de faire observer que la loi ne distingue point entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Le payement n'en est pas moins, dans tous les cas, un payement sans cause et soumis, à ce titre, à la répétition de l'indû (1).

Mais il y a cette différence entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, que cette dernière ne se présume jamais, et que celui qui l'invoque doit toujours la prouver. Personne n'est en effet, jusqu'à preuve contraire, censé ignorer la loi.

Les juges peuvent au surplus résoudre, dans tous les cas, ces questions d'erreur par l'appréciation des circonstances. La loi n'ayant nulle part défini les caractères légaux et les éléments constitutifs de l'erreur, ils ont à cet égard un pouvoir pleinement discrétionnaire.

Article 1377.

Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition

(1) Voy. 1110, n° 22. — *Contrà,* Pothier, *Condict. ind.*, n° 162.

contre le créancier. Néanmoins, ce droit cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite du payement, sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur.

Sommaire.

1. Transition.
2. Le mandataire a qualité pour agir en répétition, même quand il a payé avec la chose du mandant, s'il en est responsable.
3. Celui qui paye sans mandat pour un tiers peut répéter.
4. L'héritier putatif ne le peut, s'il n'est responsable.
5. Il n'importe que le créancier ait reçu par lui ou par mandataire. *Quid*, en cas de délégation?
6. Exception à l'action en répétition, résultant de la suppression du titre.
7. Il ne s'agit pas d'un payement fait en l'acquit d'un tiers.
8. Il faut en outre que le payement ait été reçu de bonne foi.
9. Peu importe que le titre ait été supprimé tout de suite ou plus tard.
10. Ce qu'il faut entendre par suppression du titre.
11. Celui qui a payé et n'a de recours que contre le débiteur véritable, est subrogé légalement au créancier.
12. L'acquéreur qui paye le créancier de son vendeur, et est ensuite évincé, a-t-il l'action en répétition? Distinctions.
13. Dans quelles proportions et sur qui la répétition a lieu.
14. Suite.
15. *Quid*, de l'adjudicataire?
16. Exceptions. 1° S'il y a stipulation de non répétition.
17. 2° S'il y a imprudence et faute. Distinctions sur les causes d'éviction.
18. 3° S'il y a suppression du titre;
19. A moins que les créanciers ne l'aient supprimé par imprudence.
20. Objet de l'action en répétition.
21. *Quid*, s'il y a payement simultané de choses dues alternativement?
22. *Quid*, si elles ont été payées comme dues cumulativement?
23. *Quid*, si je paye comme due déterminément une chose due sous une alternative?
24. L'action en répétition est mixte.
25. Il ne faut pas la confondre, quant à la prescription, avec l'action civile d'un délit. Elle se prescrit par trente ans.

COMMENTAIRE.

1. Nous avons expliqué sous l'article précédent, en même temps que nous en avons signalé plusieurs cas, les conditions générales de l'action en répétition de l'indû. Nous allons maintenant examiner par qui, contre qui, sur quoi elle peut être

exercée. L'article 1377, par son § 1er, répond à cette triple question : Par qui? par la personne qui a payé; contre qui? contre celui qui a reçu; sur quoi? sur ce qui a été payé. « Lorsqu'une personne, dit-il, qui par erreur se croyait débitrice a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier. » Mais tout ceci mérite explication.

2. Le mandataire représentant la personne du mandant, celui au nom duquel une chose a été payée a le droit de la répéter contre celui qui l'a reçue. La subtilité du droit romain ne l'accordait même qu'à lui, et non à celui qui avait payé à sa place et en son nom. Ainsi, le tuteur, le mandataire, dans la subtilité du droit pur, n'avaient point qualité pour répéter ce qu'ils avaient payé au nom de leur pupille ou mandant (1). Cependant, les jurisconsultes de Rome s'étaient relâchés de cette rigueur théorique, et accordaient au mandataire le droit de répétition directe, *rectâ viâ*. *Tam benigniùs quàm utilius est rectâ viâ ipsum qui nummos dedit suum recipere* (2).

En effet, si le payement a été fait par un véritable mandataire ou par un administrateur légal, l'un ou l'autre a un recours à exercer contre celui au nom duquel il a payé, et celui-ci en a un lui-même à exercer contre celui qui a reçu. Pour éviter ce circuit d'actions, la loi accorde l'action directe en répétition. Remarquons même que la loi suppose que le mandataire a payé avec sa chose; il s'agit pour lui de la reprendre, *suum recipere*. Il agit donc en son nom, *proprio jure*, sans exercer les droits du mandant.

Mais si le mandataire avait payé avec la chose du mandant, il ne pourrait agir en répétition que tout autant que sa responsabilité serait engagée par le payement qu'il aurait fait sans cause. Il aurait à la couvrir; et, pour éviter encore un circuit d'actions, il convient de lui accorder le droit d'agir *rectâ viâ*, contre celui qui a indûment reçu.

(1) L. 6, § 3; l. 57, *ff. Cond. ind.*
(2) L. 53, *ff. Cond. ind.*

3. Lorsque, sans mandat, quelqu'un paye au nom d'un autre, il peut répéter. Car le payement est exclusivement de son fait, et est entièrement étranger au tiers (1).

Alors même que le payement aurait été fait avec la chose de la personne au nom de laquelle on a payé sans mandat et sans sa ratification ultérieure, comme alors celui qui a payé a engagé sa responsabilité vis-à-vis de son prétendu mandant, il convient encore de lui accorder le droit de répétition *rectâ viâ*. Autrement, il y aurait, si le prétendu mandant ne voulait pas répéter lui-même, recours de sa part contre celui qui a payé, et ensuite de la part de ce dernier contre celui qui a reçu. Or, en fait d'actions, la voie la plus courte est la meilleure; et c'est la voie directe.

4. L'héritier putatif remplacé plus tard par un autre, soit par suite de la révocation ou de la nullité du testament qui l'instituait, soit en conséquence de l'annulation de son acceptation ou de la survenance d'un héritier plus proche, l'héritier putatif, disons-nous, qui a acquitté de prétendues charges de la succession avec les choses de cette même succession, n'a pas le droit de les répéter. Ce droit n'appartient qu'à l'héritier véritable qui a pris sa place (2). La loi romaine (3) explique ainsi cette décision : c'est que le possesseur de bonne foi n'étant tenu, hors les cas de faute, que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi, est quitte envers l'héritier véritable par l'abandon qu'il lui fait des actions en répétition qu'il peut avoir. Et ceci est également vrai sous le Code Napoléon.

Mais il s'ensuit que si l'héritier putatif n'était pas de bonne foi, s'il était coupable de quelque faute, sa responsabilité se trouvant alors engagée par les payements qu'il a faits sans cause, vis-à-vis de l'héritier réel, au-delà de ce dont il s'est enrichi, il aurait lui-même le droit d'agir en répétition, comme tout mandataire responsable du payement qu'il a fait, parce

(1) L. 6, *ff. Cond. ind.*

(2) POTHIER, *Condict. ind.*, n° 166. — TOULLIER, t. 11, n° 91.

(3) L. 3, 4 et 5, *ff. Cond. ind.*

qu'il aurait un égal intérêt. Il est d'ailleurs bien entendu que l'héritier réel aurait toujours l'action en répétition, parce que le payement a été fait avec sa chose.

5. L'action en répétition s'exerce contre celui qui a reçu, soit qu'il ait reçu par lui-même ou par ses représentants, tels qu'un mandataire ou un administrateur légal. Mais les sommes indûment payées ne peuvent être répétées contre ceux auxquels celui qui les a reçues les a ensuite transmises sans fraude à un titre quelconque, soit en payement de sa dette ou pour toute autre cause.

Doit-il en être de même au cas de délégation, et la répétition des sommes payées par erreur et sans cause par le délégué cesse-t-elle à l'égard du délégataire? Nous revenons ici sur ce que nous avons dit ailleurs, pour y ajouter de nouvelles explications (1). D'après les principes du droit romain, lorsque le délégué, se croyant par erreur débiteur du délégant, s'est obligé en la place de ce dernier envers le délégataire, créancier véritable, il ne peut se défendre de le payer, sauf son recours contre le délégant. *Si per ignorantiam promiserit creditori, nullâ quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit : sed is qui delegavit tenetur condictione* (2). Par la même raison il ne peut répéter ce qu'il aurait payé.

Ceci a lieu alors même qu'il n'aurait accepté la délégation que par suite des manœuvres dolosives et frauduleuses du délégant, si le délégataire ne s'en est pas rendu complice, les effets du dol étant tout personnels. Ainsi, l'exception de dol qui serait opposable au délégant ne peut être opposée par le délégué au créancier délégataire (3).

Que si le délégataire n'était pas réellement créancier du délégant, le délégué pouvait répéter soit son engagement pour se dispenser de payer, soit les sommes par lui indûment payées. Si, enfin, le délégataire n'était qu'un donataire indirect du

(1) 1275, n° 4.
(2) L. 12 et 13, *ff. De nov.* — L. 2, C. *Cond. ind.*
(3) L. 19, *ff. De nov.*

délégant qui a voulu, par forme de délégation, lui faire une libéralité, l'action en répétition se donnait également contre lui (1). C'est qu'alors il s'agit pour lui d'un pur bénéfice, tandis que pour le délégué il s'agit d'une perte, et qu'il ne peut dire que la délégation lui ait porté préjudice.

Telles sont les décisions des lois romaines. Convient-il de les adopter sous notre législation? Est-il vrai encore aujourd'hui, comme le pensait Pothier (2), que le délégué qui s'est obligé ou a payé, dans la fausse croyance qu'il était débiteur du délégant, ne peut répéter contre le délégataire ni son engagement ni les choses par lui payées, et qu'il n'a d'action en recours que contre le délégant? Telle est l'opinion de M. Toullier (3) qui ne fait que reproduire celle de Pothier, et il semble que la Cour de cassation l'ait elle-même consacrée, au moins par le motif de son arrêt du 7 mars 1855 (4). « Aux termes de l'article 1376, dit-elle, les sommes indûment payées ne peuvent être répétées que contre celui entre les mains duquel elles ont été versées, et non contre ceux auxquels il les aurait lui-même transmises sans fraude, et en payement d'une créance légitime, soit directement après les avoir personnellement reçues, soit même par délégation. » La Cour de cassation feindrait ainsi, dans l'assimilation qu'elle fait des deux cas, que le délégué est censé avoir d'abord payé le délégant et celui-ci le délégataire, de telle sorte que le délégué n'aurait jamais d'action que contre le délégant, après la constatation de son erreur. Mais cette fiction est repoussée par la vérité du fait. Il n'y a qu'un payement direct, fait *rectâ viâ*, sans intermédiaire, par le délégué au délégataire mis au lieu et place du délégant pour recevoir. Nous ferons ensuite remarquer que, dans l'espèce jugée par la Cour de cassation, la délégation avait pour objet une créance déterminée quant à son chiffre, déjà liquide et certaine, qui ne devait conséquemment,

(1) L. 7, *ff. De dol. except.* — L. 2, § 4, *ff. De donat.*
(2) *Oblig.*, n° 566.
(3) T. 7, n° 291.
(4) SIREY, 55, 1, 577.

par rapport au délégataire, recevoir aucune atteinte dans son existence et sa quotité des résultats d'une liquidation ultérieure d'après lesquels le délégant était tenu de la rapporter. Dans une pareille hypothèse, il était évident que le délégué qui avait accepté et exécuté, sans réserves, la délégation, ne pouvait se prévaloir d'aucune imputation ou compensation subséquente, soit pour se dispenser de payer, soit pour répéter contre le délégataire les sommes qui lui avait été attribuées et payées.

Reprenant les termes de notre question, nous disons donc que sous notre nouvelle législation, le délégué qui ne s'est engagé ou n'a payé que par erreur, dans la fausse pensée qu'il devait au délégant, a contre le délégataire, bien que celui-ci n'ait fait que recevoir ce qui lui était dû, l'action en répétition, et que cette action ne cesse que dans le cas où, par suite du payement, le délégataire qui a déchargé ou non le délégant a supprimé son titre, suivant l'article 1377 (1). L'erreur vicie en effet toute espèce d'engagements, et il n'y a ni en droit ni en équité aucune bonne raison pour écarter ici l'application de ce principe. La théorie des quasi-contrats n'est-elle pas fondée toute entière sur le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ? Or, le délégataire s'enrichirait véritablement aux dépens du délégué, si, nonobstant la preuve de l'erreur, il pouvait se prévaloir de la délégation et garder les sommes reçues, alors que son titre n'a pas été supprimé, que ses droits sont supposés intacts envers le délégant, et que la délégation ne lui a causé aucun préjudice. Il suffit que son titre ne soit pas supprimé pour que, en réalité, il n'éprouve aucun dommage. Ceci est évident s'il n'a point déchargé le délégant, et s'il l'a déchargé, cette décharge s'évanouit avec l'engagement du délégué qui lui servait de cause.

Il est vrai qu'il n'a fait que recevoir ce qui lui était dû, *suum recepit*. Mais cette circonstance seule ne suffit plus aujourd'hui. Notre ancienne jurisprudence n'avait point admis

(1) *Conf.*, DURANTON, T. 12, n°s 333 et 334.

à cet égard, dans toute leur étendue, les principes du droit romain, et l'article 1377 les a repoussés tout-à-fait. Car il admet la répétition de l'indû contre celui qui a reçu le payement de sa créance de celui qui n'en était pas le véritable débiteur. Il ne suffit donc pas de dire à présent, *meum recepi*, si le payement a été fait par une personne qui ne devait pas, à moins que celui qui a reçu n'ait, par suite du payement, supprimé son titre. Or, du moment que le délégué a fait prononcer l'annulation de son engagement pour cause d'erreur, il est réputé n'avoir jamais été véritablement tenu de la dette, et se trouve fondé à exercer la répétition.

Si, au lieu d'une délégation pure et simple, qui n'est que l'indication acceptée par le délégué qui s'oblige à payer, d'un tiers qui doit recevoir, nous supposons une délégation comprenant une créance spéciale et déterminée dont le délégué se déclare débiteur envers le délégant, et que le délégataire doit toucher en tout ou en partie, notre solution devient plus évidente. Si, plus tard, il est établi que cette créance prétendue n'existait pas, et que le délégué s'est cru par erreur débiteur, il aura manifestement la répétition de l'indû. Car l'efficacité de la délégation est liée à l'existence et au sort de la créance qui en était l'objet, le délégué étant censé ne s'être obligé à payer que ce qu'il se trouverait légitimement devoir pour les causes indiquées dans la délégation.

Sauf l'exception qui résulte de la suppression du titre et dont nous allons nous occuper, le délégué qui ne s'est engagé et n'a payé que par erreur a donc un recours à exercer par voie de répétition de l'indû contre le délégataire qui a reçu indûment, contre le délégant dont il a acquitté la dette envers le délégataire, et même contre le tiers, véritable débiteur du délégant dont il a tout à la fois acquitté la dette envers ce dernier ; par exemple, au cas où il n'a accepté et exécuté la délégation que dans la fausse croyance qu'il était héritier du débiteur du délégant.

Quant à l'erreur du délégué, sa preuve et ses caractères légaux, nous renvoyons aux règles du droit commun.

Mais les juges peuvent toujours, en interprétant les circonstances du fait et les termes de la délégation, décider que le délégué qui s'est obligé envers le créancier délégataire a entendu contracter envers ce dernier un engagement absolument irrévocable, qui doit être exécuté nonobstant toute décision ultérieure qui déclarerait l'inexistence, l'annulation ou la réduction de la créance prétendue du délégant envers le délégué. Sous ce rapport, la question est plus de fait que de droit (1).

Il est évident enfin que si le délégué ou cédé n'avait fait qu'accepter la délégation ou le transport, sans contracter d'engagement personnel envers le délégataire ou cessionnaire, il ne serait tenu de payer entre les mains de ce dernier que ce qu'il se trouverait en définitive légitimement devoir; qu'il pourrait dès lors se prévaloir de l'inexistence, de l'annulation ou réduction de sa dette (2), et en conséquence exercer l'action en répétition de l'indû qui est corrélative à ce droit.

6. Le dernier paragraphe de l'article 1377 crée pour un cas spécial une exception au profit de celui qui a reçu. « Néanmoins, dit-il, ce droit (de répétition) cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite du payement, sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur. » Précisons l'hypothèse prévue par ce paragraphe, et pénétrons-nous de son esprit.

Celui qui a reçu est véritablement créancier; mais il ne l'est pas de celui qui, se croyant réellement débiteur, paye ainsi sans rien devoir, sans cause et par erreur. Le droit de répétition existe; mais il peut arriver que le créancier, une fois désintéressé, supprime son titre. Alors cesse le droit de répétition. Il est, en effet, conforme aux règles de la justice et de l'équité naturelle, que le créancier n'éprouve aucun préjudice de l'erreur de celui qui l'a payé. Or, s'il était obligé de restituer ce qu'il a reçu, comment se ferait-il ensuite payer du véritable débiteur, puisqu'il a supprimé son titre? Le meilleur moyen

(1) Cass., 19 avril 1854. Sirey, 56, 1, 160.
(2) Cass., 2 août 1847. Sirey, 47, 1, 705.

de réparer le préjudice qu'il en éprouverait, c'est de le prévenir, en interdisant à celui qui a payé le droit de répétition. Telle est l'économie du second paragraphe de l'article 1377.

7. Il ne s'agit donc pas, dans l'hypothèse prévue par notre article, d'un tiers payant formellement en l'acquit du véritable débiteur. Quand on paye la dette d'un autre expressément, avec ou sans subrogation, on ne peut rien répéter contre celui qui a reçu. En effet, on ne paye pas alors sans cause et par erreur, puisqu'on paye sciemment ce qui est réellement dû. *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quàm a vero debitore solutum est* (1). C'est la seule interprétation conforme à l'esprit du Code Napoléon qu'on puisse donner à cette loi, l'article 1377 ne s'appliquant qu'au cas où l'on paye en son nom, sans devoir, en se croyant par erreur débiteur, et non au cas où l'on paye au nom d'un tiers réellement débiteur (2).

Ainsi, en analysant le dernier paragraphe de l'article 1377, on voit que le droit de répétition ne cesse que sous ces trois conditions : Il faut 1° que celui qui a reçu soit véritablement créancier; 2° que celui qui a payé ait payé en son nom, croyant par erreur qu'il était débiteur; 3° que le créancier payé ait supprimé son titre.

8. Il faut enfin que le créancier ait reçu le payement de bonne foi. S'il avait eu, au moment du payement, la conscience de l'erreur où était celui qui l'a payé, et qu'il eût ainsi reçu de mauvaise foi, il ne pourrait opposer la suppression de son titre. La suppression du titre est, en effet, la condition essentielle de l'exception. Or, le créancier payé, supprimant son titre de mauvaise foi, ne peut invoquer, pour repousser l'action en répétition, les principes d'équité naturelle qu'il a lui-même violés, ni être admis à se plaindre d'un dommage qu'il s'est procuré volontairement. Les termes de l'article 1377 sont, il est vrai,

(1) L. 44, *ff. Cond. ind.*

(2) L. 65, § 9, *ff. Cond. ind.* — FAVARD, v° *Quasi-contrat*, § 13. — DURANTON, T. 13, n° 684. — TOULLIER, T. 11, n° 83,

généraux; mais il nous semble que son esprit admet cette distinction entre la bonne et la mauvaise foi qui ont présidé, soit à la réception du payement, soit à la suppression du titre (1).

9. Peu importe que la suppression du titre ait eu lieu lors du payement ou plus tard. Il suffit qu'elle existe avec les conditions dont nous venons de parler.

10. Quel sens l'article 1377 donne-t-il à ces mots, suppression du titre? Il entend par là d'abord une suppression matérielle de l'acte qui établit la créance, telle que la lacération, le bâtonnement, la destruction quelconque. Le recours du créancier contre le véritable débiteur est alors devenu fort difficile, sinon impossible, à défaut d'une preuve littérale de la dette.

Il entend encore par suppression du titre l'extinction des garanties attachées à la créance, et qui en assuraient au fond l'acquittement intégral. Si donc le créancier, par suite du payement fait entre ses mains, donne mainlevée des hypothèques, du gage, du cautionnement qui garantissaient sa créance; s'il laisse périr des sûretés et des garanties dont la conservation et l'entretien lui ont semblé désormais sans intérêt; s'il a négligé de poursuivre son véritable débiteur, et laissé s'accomplir la prescription, soit du capital, soit des intérêts, il peut dire alors à celui qui l'a payé et prétend exercer contre lui l'action en répétition : « Aujourd'hui, le recouvrement de ma créance contre mon débiteur est devenu fort douteux. Le payement que vous m'avez fait vous-même, et que j'ai reçu de bonne foi, m'a condamné à une inaction qui lui a donné le temps de devenir insolvable, qui a laissé périr mes garanties, mes sûretés, mes droits. Je ne puis être victime de ma bonne foi, ni de votre erreur. Je ne dois donc point restituer ce que j'ai reçu; c'est à vous de poursuivre, à vos risques et périls, le véritable débiteur. » La restitution n'est en effet admise contre celui qui a reçu de bonne foi que tout autant qu'il n'en éprouve aucun préjudice,

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 256. — DURANTON, t. 13, n° 685.

et qu'il est replacé dans tous ses droits (1), ou que son titre ne lui conférait aucun droit particulier (2).

11. Ce recours à exercer de la part de celui qui a payé contre le véritable débiteur, n'est pas une simple action en répétition de l'indû, puisque celui contre lequel il s'exerce n'a personnellement rien reçu. Mais le payement ayant eu lieu en extinction de sa dette personnelle, il en résulte au profit de celui qui l'a effectué une action pour gestion d'affaires. Ce dernier peut même, à son choix, agir comme subrogé de plein droit aux droits et actions du créancier qu'il a payé, et qui est dispensé de restitution.

Il n'y a d'abord aucune difficulté sur ce point, lorsque le payement a eu lieu, quoique par erreur, dans les termes et les conditions ordinaires de la subrogation légale; par exemple, lorsque celui qui par erreur se croyait débiteur a payé un créancier qui lui était préférable, ou employé le prix de son acquisition à désintéresser des créanciers hypothécaires. On ne saurait alors prétendre qu'il n'est point subrogé, parce que, croyant payer sa dette personnelle, il ne songeait point à acquérir de subrogation. Ce serait retourner contre lui sa propre erreur, alors qu'elle n'a causé de préjudice à personne.

Mais nous disons qu'alors même que le payement a eu lieu dans le principe hors des cas de la subrogation légale, celui qui a payé est légalement subrogé au véritable créancier qui a reçu et ne restitue point, dans le recours qu'il est renvoyé à exercer contre le véritable débiteur. Le payement fait par erreur n'a pas, en effet, éteint la créance; car celui qui l'a effectué croyait payer pour son propre compte, et non en l'acquit d'un tiers dont il ne supposait même pas l'existence, ou qu'il mettait à l'écart du moment qu'il se considérait comme personnellement obligé. D'autre part, le véritable créancier ayant supprimé son titre, celui qui a payé se trouve en définitive, par suite de l'engagement tacite qu'il a contracté vis-à-vis

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 256. — Duranton, t. 13, n° 685.
(2) Cass., 8 fév. 1848. Sirey, 49, 1, 55.

de lui, par le fait même de son erreur, obligé de le payer sous forme de non répétition. Il est, conséquemment, tenu pour un autre, c'est-à-dire pour le débiteur véritable, de payer une dette qui ne lui est pas personnelle. Donc, il est légalement subrogé, aux termes de l'article 1251, aux droits du créancier qu'il est obligé de payer par forme de non répétition. Il est bon d'ailleurs de remarquer que cette subrogation ne nuit à personne; car, si le véritable créancier était tenu de restituer, alors il exercerait contre son débiteur tous les droits et actions que la subrogation fait, suivant nous, passer sur la tête de celui qui a payé, et perdu, par suite de la suppression du titre, l'action en répétition.

12. Il se présente, dans le commentaire de l'article 1377, plusieurs questions délicates que nous devons examiner.

Par exemple, un acquéreur paye les créanciers de son vendeur; plus tard, il est évincé. Aura-t-il l'action en répétition de l'indû contre ceux qu'il a payés? Diverses distinctions nous semblent nécessaires.

Il est d'abord évident que si l'acquéreur a employé spontanément le prix de son acquisition à désintéresser, en l'acquit du vendeur, les créanciers personnels de celui-ci, il n'a, après son éviction, aucune action en répétition contre eux. Il est, en effet, en dehors des termes de l'article 1377, puisqu'il a payé en l'acquit d'un tiers, et non comme véritable et personnel débiteur.

Mais, supposons qu'il ait payé les créanciers chirographaires du vendeur, par suite de délégations, de subrogations, de transports, de saisies-arrêts. En cas d'éviction, il aura une action en répétition de l'indû contre ceux qu'il aura payés.

Dans le système des lois romaines, cette action n'existait pas. On supposait, avec plus de subtilité que d'équité naturelle, que l'acquéreur avait payé les créanciers, comme s'il avait commencé par payer entre les mains du vendeur, qui ensuite avait versé les fonds entre les mains de ses créanciers. Or, comme dans cette supposition les créanciers ne peuvent être pour-

suivis en restitution, parce qu'ils ont été payés par leur débiteur et avec des deniers qui étaient devenus sa propriété, on arrivait naturellement à cette conséquence, qu'ils n'étaient pas plus tenus de restitution lorsqu'ils avaient été payés directement par l'acquéreur. En un mot, *suum receperunt*, ils ont reçu leur dû, et de là cette règle : *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quàm a vero debitore solutum est* (1) ; il n'y a point d'action en répétition contre celui qui a reçu ce qui lui est dû, quoique le payement ait été fait par un autre que le débiteur véritable.

Mais notre ancienne jurisprudence française avait abandonné sur ce point les principes de la loi romaine, et fait une part plus large aux maximes générales de justice et d'équité. Le Code Napoléon ne contient lui-même aucun texte qui autorise à croire que le législateur moderne ait voulu ranimer une législation qui avait déjà perdu toute autorité, même comme raison écrite. La question doit donc être résolue par les seuls textes relatifs à la répétition de l'indû. Or, l'acquéreur qui emploie le prix de son acquisition à désintéresser les créanciers de son vendeur, délégataires, cessionnaires, subrogés ou saisissants, agit uniquement comme obligé, comme débiteur en vertu de son achat. Il n'entend payer que parce qu'il doit à titre d'acquéreur, sans que les payements qu'il effectue en cette qualité puissent s'expliquer par la pensée généreuse de sa part d'une intervention obligeante en faveur de son vendeur, débiteur personnel et véritable. Si donc il est évincé plus tard, comme il n'a payé que dans la persuasion d'une propriété assurée et irrévocable, il a payé sans cause et par erreur. Dès lors, il peut répéter ce qu'il a payé, sauf l'exception posée dans le second paragraphe de l'article 1377, exception dont nous parlerons bientôt (2).

En vain prétend-on que les créanciers n'ont fait que recevoir ce qui leur était dû, que l'acquéreur n'a fait lui-même que payer ce qu'il devait. Cette objection ne nous paraît point

(1) L. 44, *ff. Cond. ind.*
(2) TROPLONG, *Vente*, n° 498. — MERLIN, *Rép.*, v° *Saisie*, § 7.

fondée. Il ne suffit pas d'abord, que le créancier payé ait reçu ce qui lui était dû, pour que le droit de répétition cesse. Il faut, en outre, qu'il ait reçu de qui était tenu de le payer. Sans doute, si l'acquéreur n'avait pas souffert d'éviction, les créanciers par lui payés n'auraient aucune restitution à faire, parce que, demeurant propriétaire irrévocable, il reste débiteur du prix de son acquisition. Mais l'éviction, en effaçant rétroactivement la vente, fait qu'il n'a jamais été débiteur, et conséquemment qu'il a payé, non pas en l'acquit d'un autre, mais dans l'intention d'acquitter une dette personnelle qui est censée n'avoir pas existé. Donc il a payé tout aussi bien par erreur et sans cause, que s'il avait payé en l'absence de tout contrat de vente. Les créanciers veulent au surplus se ménager un gain, tandis que l'acquéreur veut éviter une perte. N'est-ce pas le cas de se montrer favorable à l'action en répétition?

13. Cette action s'exerce dans la proportion de l'éviction soufferte; pour le tout si l'éviction est de la totalité, pour partie seulement correspondante du prix, si elle est simplement d'une portion.

S'il y a eu distribution amiable ou judiciaire, la répétition se poursuivra contre tous ceux qui y ont été colloqués, au marc le franc de leurs créances.

Si les créanciers, délégataires, cessionnaires, subrogés ont été payés à mesure qu'ils se sont présentés, la répétition, en cas d'éviction partielle, s'exercera, non pas dans l'ordre des payements effectués, mais dans l'ordre des dates suivant lequel les créanciers auront été saisis des sommes dues; c'est-à-dire, que la répétition commencera par le dernier saisi, en remontant de l'un à l'autre, dans l'ordre des dates, jusqu'à concurrence des sommes à répéter, parce que ce sont ceux-là mêmes qui ont été indûment payés, après épuisement des fonds.

14. Si l'acquéreur avait employé son prix à désintéresser les créanciers hypothécaires, sur un ordre amiable ou judiciaire, ou sans règlement de cette nature, et qu'il fût ensuite évincé,

il pourrait également répéter comme indû ce qu'il aurait payé.

Si l'éviction n'était que de partie, il répèterait la portion de prix correspondante contre ceux des créanciers qui ont été les derniers colloquées. Ce sont eux, en effet, qui ont reçu sans cause.

15. Il faut enfin placer sur la même ligne que l'acquéreur volontaire, l'adjudicataire sur expropriation forcée. Il pourra également, après éviction accomplie, répéter comme indûment payées les sommes par lui payées aux créanciers de son auteur, suivant le règlement de l'ordre ou de la distribution, soit amiable, soit judiciaire.

Il est vrai que plusieurs textes formels du droit romain refusent cette action à l'adjudicataire (1). Mais, ainsi que le dit Pothier dans son Traité de Procédure civile (2), « par notre jurisprudence on donne cette répétition contre les créanciers qui ont touché à l'ordre; et lorsque l'éviction n'a été que pour partie, il n'y a répétition que pour partie du prix. Ce sont les derniers recevants à l'ordre qui sont seuls tenus de cette restitution du prix. » Cette opinion nous paraît être la seule qui doive prévaloir sous le Code Napoléon (3).

Il en est de même au cas où le créancier qui a touché sur le vu de sa collocation dans l'ordre, ne vient pas en définitive en rang utile (4).

Cependant, M. Duranton (5) exprime une opinion contraire. Il la fonde, comme les jurisconsultes romains, sur ce que l'adjudicataire, en payant les créanciers, fait comme s'il payait d'abord le vendeur qui paye ensuite ses créanciers, avec ces mêmes deniers dont il est devenu propriétaire par le fait même

(1) Voy. l. 1 et 2, C. *Cred. evict. pig. non debere.*
(2) P. 4, ch. 2, § 7.
(3) Troplong, *Vente*, n°s 432, 498. — Merlin, Rép., v° *Saisie*, § 7. — Duvergier, *Vente*, t. 1, n° 346. — Zachariæ, t. 2, pag. 517, n^te 13. — Colmar, 22 mars 1836. Sirey, 36, 2, 551. — Lyon, 15 déc. 1841. Sirey, 42, 2, 168. — Riom, 28 juin 1854. Sirey, 55, 2, 631.
(4) Cass., 30 avril 1850. Sirey, 50, 1, 449.
(5) T. 13, n° 686, et t. 16, n° 266.

de leur perception. Mais cette considération ne repose que sur une subtilité de droit et sur une pure fiction. Cette fiction est même ici contraire à la réalité; car, en fait, les créanciers ont reçu directement de l'adjudicataire, et, en droit, les deniers ne pouvaient pas même passer par les mains du saisi. Il n'y a donc rien qui puisse modifier l'application des principes relatifs au payement sans cause.

16. Ce droit de répétition est d'ailleurs limité par plusieurs exceptions.

La première a lieu lorsque le créancier, en recevant ce qui lui est dû, stipule que le payement est fait sans répétition ni restitution de deniers. Le débiteur qui paye se réserve alors, le cas échéant, seulement son recours contre le véritable débiteur, à ses risques et périls. Une semblable stipulation s'oppose même à ce que plus tard il puisse sérieusement prétexter cause d'erreur, à moins qu'elle ne soit de style, ce qui s'apprécie par les circonstances.

17. Une seconde exception a lieu lorsque le payement a été fait avec une imprudence si grossière, une légèreté si injustifiable qu'il est impossible de croire sérieusement à une erreur, et de ne pas considérer le payement comme fait sciemment et avec intention.

Cette seconde exception nous conduit à distinguer entre les causes d'éviction. L'éviction a-t-elle résulté d'une action en revendication intentée par le véritable propriétaire? Dans ce cas, on ne saurait, *a priori*, imputer ni faute ni imprudence à l'acquéreur ou à l'adjudicataire qui a payé en état d'erreur touchant le vice de son acquisition. Il n'y aurait imprudence de sa part, absence légale d'erreur, et conséquemment exception contre son action en répétition de l'indû, que tout autant qu'il serait établi que, avant le payement effectué, le véritable propriétaire avait fait connaître ses droits et signalé ses prétentions sur la chose.

Est-ce un précédent vendeur non payé qui poursuit la résolution de son contrat, et évince par suite le tiers acquéreur qui

a payé? Nous ne croyons point que, dans ce cas encore, on puisse taxer ce dernier d'imprudence, et lui refuser le droit de répétition, alors même qu'il aurait su, au moment où il payait, que le précédent vendeur n'était pas intégralement payé. Il a pu, en effet, compter de bonne foi sur l'exactitude de son auteur à payer en temps et lieu le prix de l'acquisition resté dû. On comprend d'ailleurs que, sur cette question d'imprudence, une grande part doit être faite à l'appréciation des circonstances, soit en ce qui concerne l'importance de la somme due, soit en ce qui touche la solvabilité du débiteur immédiat du vendeur primitif, ou la clause relative à la résolution, si elle y est stipulée ou non de plein droit. L'action en répétition peut donc être, à raison des espèces particulières, tantôt refusée (1) et tantôt accordée, sans que les principes rigoureux du droit en soient altérés.

Supposons maintenant que l'éviction de l'acquéreur vienne du fait de créanciers hypothécaires non payés. Par exemple, il a commencé par payer des créanciers chirographaires; plus tard, des créanciers hypothécaires ou privilégiés, au nombre desquels nous pouvons supposer un vendeur primitif non payé, le poursuivent hypothécairement en payement de leurs créances. Il ne pourra répéter contre les créanciers chirographaires, parce qu'il doit supporter les suites de sa négligence et de son imprudence, en payant volontairement et sans erreur légalement possible ce qui leur était réellement dû (2).

Le droit de répétition cesserait également dans le cas où il aurait payé des créanciers hypothécaires ou privilégiés, sans exiger que, au préalable, un ordre fût réglé entre eux, et où il aurait été ensuite obligé, sur les poursuites d'autres créanciers hypothécaires non payés, de payer leurs créances, de délaisser ou de subir l'expropriation. Il y a eu en effet, de sa part, également imprudence et négligence. Il n'est donc que subrogé contre le vendeur (1251).

(1) Paris, 12 fév. 1844. Sirey, 44, 2, 115.

(2) Cass., 20 juill. 1821. Sirey, 22, 1, 333. — 28 avril 1840. Sirey, 40, 1, 736.

Si cette imprudence de l'acquéreur est plus sensible lorsqu'il a été averti de l'existence d'autres créanciers hypothécaires, par l'inscription antérieure de leurs hypothèques, elle nous semble néanmoins suffisamment caractérisée dans le cas où il a négligé, soit de faire transcrire son contrat, soit de purger les hypothèques légales, et où il est poursuivi plus tard par des créanciers hypothécaires qui ne se sont révélés qu'après le payement qu'il a fait à d'autres? La loi lui donnant les moyens de payer avec sécurité, il est, s'il néglige de les prendre, coupable d'une imprudence dont il doit supporter les suites (1), sans qu'il puisse exercer aucun recours contre les créanciers payés, envers lesquels il était même tenu régulièrement, faute par lui d'avoir accompli les formalités de la purge.

18. Une troisième exception résulte enfin de l'article 1377; c'est lorsque le créancier payé a supprimé son titre par suite du payement, dans le sens que nous avons attaché plus haut à cette suppression (2).

19. Mais il faut remarquer que cette exception cesse elle-même toutes les fois que la suppression de son titre n'est que la conséquence d'une faute, d'une imprudence, d'un fait personnel au créancier poursuivi en restitution de l'indû. Ainsi, lorsqu'un adjudicataire ou un acquéreur a payé son prix aux créanciers colloqués dans l'ordre amiable ou judiciaire, et que, plus tard, il est obligé de payer des créanciers omis qui devaient être colloqués par préférence, il a, dans ce cas, droit de répétition contre les derniers colloqués qu'il a payés, jusqu'à due concurrence. Ces créanciers ne peuvent même lui opposer la suppression de leurs titres, la mainlevée de leurs hypothèques. Les créanciers et le vendeur ou le saisi sont en effet tenus, d'après l'article 749, C. pr., de se régler entre eux sur

(1) Cass., 12 nov. 1850. SIREY, 51, 1, 12.

(2) TROPLONG, *Vente*, nos 498, 614. — MERLIN, Rép., v° *Saisie*, § 7. — Riom, 20 mai 1851. SIREY, 51, 2, 767.

la distribution du prix. L'acquéreur n'a pas à intervenir dans l'ordre ni à y jouer aucun rôle actif. Il n'a qu'à payer dans l'ordre des collocations arrêtées sans son concours; et quand il paye, il le fait sur la foi promise de l'exactitude de l'ordre et en vue de se libérer légalement. Si donc il y a eu dans la confection de l'ordre des erreurs, des inexactitudes, des omissions qui en entraînent la nullité ou la rectification, le vendeur et les créanciers qui y ont seuls présidé doivent seuls supporter les suites préjudiciables du payement que l'acquéreur a été contraint de faire indûment, sans qu'il leur doive aucune garantie pour la fause sécurité dans laquelle ils ont supprimé leurs titres (1).

20. L'objet de l'action en répétition est la chose même qui a été payée sans cause. La restitution s'en fait en nature ou en équivalent; *aut ipsum aut tantumdem restituitur* (2).

21. Mais il peut s'élever quelques difficultés touchant l'objet même de la restitution. Par exemple, je vous dois un cheval ou quatre cents francs. Je paye le cheval, mon mandataire paye d'un autre côté les quatre cents francs. Je pourrai répéter l'une des deux choses, et ce sera la dernière payée; car c'est elle qui a été payée sans cause, puisque la première payée a acquitté l'obligation.

Si les payements avaient eu lieu en même temps, par moi d'une part, et de l'autre par mon mandataire ou mon coobligé, le créancier, devenu à son tour débiteur, puisqu'il doit restituer l'une des deux choses qu'il a reçues, aurait l'option de celle qu'il doit rendre, pourvu qu'il fût de bonne foi (3). Si, au contraire, il avait été de mauvaise foi, le débiteur pourrait répéter l'une des deux choses à son choix, parce que le créancier ne serait plus en droit d'exciper de sa qualité de débiteur, qu'il

(1) Cass., 9 nov. 1812. Sirey, 16, 1, 187. — 31 janv. 1815. Sirey, 16, 1, 190. — Caen, 16 août 1842. Sirey, 42, 2, 525.

(2) L. 7, *ff. Cond. ind.*

(3) L. 21, *ff. Cond. ind.* — Pothier, *Cond. ind.*, n° 149. — Toullier, t. 11, n° 77.

s'est frauduleusement donnée, pour réclamer en sa faveur l'option dans la restitution dont il est tenu.

22. Si les deux choses avaient été payées par erreur comme dues cumulativement, le choix appartiendrait alors à celui qui a payé. Cependant, Celse et Ulpien (1) pensaient que le choix appartenait au créancier, qui pouvait retenir l'une des deux choses, en vertu de ce principe, *electio debitoris est;* car, disaient-ils, le créancier qui a reçu, devant restituer, est devenu débiteur.

Mais Julien et Papinien (2) étaient d'une opinion contraire et certainement préférable. En effet, l'erreur du débiteur ne peut donner à celui qui reçoit plus de droits qu'il n'en avait dans le principe. Or, le choix a toujours appartenu au débiteur (3). Remarquez bien la différence qui sépare cette espèce de la précédente : ici, chaque chose est payée pour acquitter une dette existante. Le payement est légitime et régulier, et chaque chose payée éteint la dette doublement et simultanément. Il est vrai que l'une des deux doit être restituée ; mais laquelle, au milieu de ce concours de payements? N'est-il pas juste alors que l'option appartienne au créancier, puisque le débiteur ou les débiteurs ne peuvent dire laquelle des deux a éteint préférablement la dette. Dans notre dernière espèce, au contraire, il y a erreur, et le payement a été fait dans des termes différents de ceux de l'obligation. On ne peut donc dire qu'il l'ait éteinte ; les parties doivent, en conséquence, être remises au même état qu'auparavant.

23. Il en est de même au cas où, croyant devoir une chose d'une manière déterminée, je la paye, bien que je ne la doive que sous une alternative. Je puis la répéter pour payer l'autre (4). De même encore, lorsque devant une chose alternati-

(1) L. 26, § 13, *ff. Cond. ind.*
(2) L. 10, C. *Cond. ind.*
(3) POTHIER, *Oblig.*, n° 257. — TOULLIER, t. 11, n° 78. — DURANTON, t. 13, n° 689.
(4) POTHIER, *Oblig.*, n° 255. — TOULLIER, t. 11, n° 80.

vement à mon choix, je la paye par erreur au choix du créancier.

Mais il est évident que cette option ne dure qu'autant que les deux choses existent ; car l'extinction de l'une rend nécessaire le payement au moyen de l'autre.

24. Un mot sur le caractère de l'action en répétition de l'indû. Elle est mixte, c'est-à-dire à la fois réelle et personnelle ; réelle, puisqu'elle tend à obtenir la restitution d'une chose ; personnelle, puisqu'elle tend à faire reconnaître contre une personne l'existence d'une obligation (1). Ce caractère est intéressant pour déterminer la compétence.

Pothier (2) considère cependant comme action purement personnelle la répétition de l'indû. Mais cette opinion, suivie à tort par M. Toullier (3), n'est qu'un souvenir déplacé du droit romain.

25. Il ne faut pas confondre l'action en restitution d'une chose indûment perçue, l'eût-elle été par le résultat d'un délit, avec l'action civile en dommages et intérêts qui en résulte. Celle-ci se prescrit comme l'action publique (4) ; celle-là, au contraire, ne se prescrit que par trente ans (5), alors même que son exercice suppose au préalable l'annulation d'un contrat dont la nullité ou la rescision se prescrivent par un laps de temps plus court (6). L'action en répétition, *condictio indebiti*, ne commence, en effet, qu'après que le contrat est annulé, rescindé ou résolu.

Quand nous parlons de prescription trentenaire, il est entendu que c'est uniquement à l'égard du débiteur, et non des tiers qui peuvent, par un laps de temps plus court, avoir acquis par prescription des droits sur la chose. Dans ce cas, l'action

(1) Boncenne, t. 1, pag. 75. — Troplong, *Vente*, nos 624 et suiv.
(2) *Cond. ind.*, no 141.
(3) T. 11, no 98.
(4) Voy. art. 637 et suiv., C. inst. crim.
(5) Cass., 7 juill. 1829. Sirey, 29, 1, 319.
(6) Troplong, *Vente*, no 252. — Duranton, t. 12, no 551.

personnelle en indemnité du véritable propriétaire ne se prescrit que par trente ans, alors même que les tiers détenteurs auraient prescrit par le laps de dix années (1).

Article 1378.

S'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer tant le capital que les intérêts ou les fruits du jour du payement.

Article 1379.

Si la chose indûment reçue est un immeuble ou un meuble corporel, celui qui l'a reçue s'oblige à la restituer en nature si elle existe ; ou sa valeur si elle est périe ou détériorée par sa faute ; il est même garant de sa perte par cas fortuit s'il l'a reçue de mauvaise foi.

Sommaire.

1. Réunion de ces deux articles.
2. Quand la restitution se fait en nature.
3. Celui qui a reçu de bonne foi n'est pas responsable des dégradations,
4. A moins qu'il n'en ait tiré profit.
5. Quand la restitution se fait en équivalent.
6. *Quid*, si le payement a été fait de choses fongibles,
7. De faits, de services, ou de prestations personnelles ?
8. Restitution des accessoires. Distinction entre la bonne et la mauvaise foi.
9. Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, tant que sa bonne foi dure.
10. Si la réception a eu lieu de bonne foi, le créancier ne doit les intérêts que sur une demande judiciaire, quand même sa bonne foi aurait cessé.
11. Le possesseur de mauvaise foi doit restituer les fruits perçus et ceux qu'il a manqué de percevoir.
12. L'argent seul est productif d'intérêts de plein droit.
13. Si la restitution se fait en argent, les intérêts ne sont dus que du jour de la demande.

(1) Cass., 4 avril 1838. Sirey, 38, 1, 306.

14. Ce que c'est que la mauvaise foi. Supplément de prix d'office. Usure.
15. Prescription des intérêts.

COMMENTAIRE.

1. Les articles 1378 et 1379 prévoient divers hypothèses que nous examinerons successivement. Nous les réunissons parce qu'ils se complètent l'un l'autre; nous intervertirons même l'ordre du commentaire, parce que l'article 1378 ne s'occupe que de la restitution des accessoires, et que l'ordre logique le place après l'article 1379 qui s'occupe de la restitution du principal.

2. Si la chose indûment payée est un immeuble ou un meuble corporel et déterminé, c'est-à-dire, non fongible, la restitution doit s'en faire en nature, tant qu'elle existe et qu'elle n'est pas sortie des mains de celui qui l'a reçue, *ipsum restituitur*.

3. Mais elle peut être détériorée; l'article 1379 donne alors un recours au vrai propriétaire contre le possesseur, si cette détérioration a eu lieu par sa faute. Mais il faut ici se garder de toute confusion.

La faute implique l'idée de devoir et de responsabilité. Or, tant que le possesseur d'une chose qui lui a été indûment payée a la conviction que cette chose lui appartient, qu'il en est véritable propriétaire, comme il n'existe pour lui, dans la persuasion où il est, aucune obligation de veiller à la conservation de sa propriété, qu'il peut la négliger, la laisser même périr à défaut de soins, sans encourir aucune responsabilité, sa négligence n'est pas une faute légale de la prestation de laquelle il soit tenu envers le propriétaire véritable. *Qui quasi rem suam neglexit nulli querelæ subjectus est* (1) : Il n'y a aucun reproche à faire à celui qui a négligé une chose comme lui appartenant.

Lors donc que l'article 1379 parle de faute, il suppose que

(1) L. 31, § 3, *ff. De pet. hæred.*

celui qui a reçu connaît le vice de sa possession, sait qu'il est obligé de restituer. C'est à ce moment là qu'il commence à être coupable, s'il n'apporte pas à la conservation de la chose les soins d'un bon père de famille (1137), parce que alors aussi l'emploi de ces soins est pour lui un devoir, et que leur omission engage sa responsabilité (1).

Nous supposons jusque-là qu'il a reçu la chose de bonne foi, et que la mauvaise n'est survenue que plus tard, au milieu de sa possession ; alors, disons-nous, s'il est quitte pour sa négligence passée, il est au moins tenu de sa faute ultérieure. Mais s'il a reçu de mauvaise foi, comme alors sa possession a son principe dans un acte d'injustice et d'iniquité, il est non seulement responsable de l'omission des soins dont il était tenu, mais encore garant de la détérioration et de la perte de la chose arrivées même par cas fortuit (1379). Il en serait de même garant après une mise en demeure (1138, 1302), à moins qu'il ne prouvât que la chose fût également périe ou se fût également détériorée en la possession du véritable propriétaire (1302).

4. Alors même qu'il aurait été de bonne foi, si les dégradations de la chose ont procuré au possesseur un bénéfice quelconque ; si, par exemple, il a vendu des arbres, ou les matériaux d'une maison qu'il a démolie, il doit alors restituer tout ce dont il s'est enrichi, c'est-à-dire, le prix de la vente, s'il a été payé, ou la créance, s'il est encore dû.

5. Si la chose indûment payée est une chose non fongible, et qu'elle ait péri par la faute du possesseur, la restitution ne pouvant se faire en nature s'en fait en équivalent, par le payement de sa valeur, *tantumdem restituitur*.

Du reste, appliquez ici ce que nous venons de dire de la faute au cas de détérioration. S'il n'y avait pas de faute impu-

(1) POTHIER, *Cond. ind.*, nos 170 et 171. — DOMAT, Lois civiles, liv. 2, tit. 7, sect. 2, no 2. — TOULLIER, T. 11, no 95. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 186, nte 12.

table, l'obligation de restituer serait éteinte par la perte absolue de la chose (1302).

6. Lorsque la chose indûment payée consiste en une chose fongible, la restitution s'en fait toujours par équivalent. Car les choses fongibles n'ont pas d'individualité propre. Impérissables comme genre, elles ne subissent légalement ni perte ni détérioration et se remplacent exactement dans leur identité.

Pour que la restitution doive s'en faire, il suffit donc que la délivrance en ait été faite. Celui qui les a reçues, soit que dans la réalité il en ait profité ou non, est censé plus riche par cela seul qu'elles sont parvenues en sa possession; *sufficit pervenisse* (1). La réception de la chose établit en effet le *promutuum*, et oblige celui à qui elle a été payée comme s'il y avait un véritable prêt. Ajoutons que la tradition de la chose doit avoir lieu dans des termes tels qu'elle eût suffi pour la perfection d'un prêt conventionnel.

7. Lorsqu'il s'agit de faits, de services, de prestations personnelles, il est clair qu'ils ne se restituent pas, mais qu'ils se payent. La restitution s'en fait nécessairement sous forme d'indemnité. Si celui qui les a reçus a été de bonne foi, il ne les paye qu'en raison du bénéfice qu'ils lui ont procuré. S'il a été de mauvaise foi, il les paye suivant leur valeur intrinsèque et absolue. Cette différence, dans l'évaluation de l'indemnité, tient au caractère essentiel de l'action en répétition de l'indû, qui ne se donne contre celui qui a reçu de bonne foi que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi, *quatenùs locupletior factus est*.

8. Cette distinction entre la bonne et la mauvaise foi de celui qui a reçu, est encore fort importante quant à la restitution des accessoires de la chose; nous voulons parler des intérêts et des fruits produits par elle. S'il a reçu de mauvaise foi, il est tenu de restituer tant le capital que les intérêts et les

(1) L. 17, *ff. Quod metûs causâ*.

fruits du jour du payement (1378). Et ici il faut entendre par capital productif d'intérêts de droit tout ce qu'il a reçu indûment, soit à titre de somme principale, soit à titre d'intérêts. Tout ceci constitue indistinctement un capital (1).

Mais il peut avoir reçu de bonne foi et n'avoir connu que plus tard les vices de sa possession; dans ce cas, il doit les fruits du moment qu'il a cessé d'être de bonne foi. Telle est la conséquence des principes consacrés par les articles 549 et 550.

Quelle que soit enfin la bonne foi personnelle des héritiers, il suffit que leur auteur, des obligations duquel ils sont tenus, ait reçu de mauvaise foi, pour qu'ils soient eux-mêmes comptables des intérêts ou des fruits. Les engagements résultant des quasi-contrats, comme ceux résultant des conventions, leur sont en effet également transmis (2).

9. Le droit romain établissait une différence entre les intérêts et les fruits. Les intérêts n'étaient pas dus par le possesseur de bonne foi (3), tandis, au contraire, qu'il devait les fruits (4); *imo et fructus quos is cui solutum est bonâ fide percepit, in condictionem veniunt*, sans doute en vertu de ce principe, qu'il ne doit rien retenir de ce qui l'aurait enrichi au préjudice d'autrui. Telle est la raison qu'en donne Pothier (5). M. Toullier adopte également cette opinion, et y voit une exception aux articles 549 et 550 (6).

Quant à nous, nous pensons, au contraire, que les fruits perçus de bonne foi ne doivent point être restitués. Les articles 549 et 550 posent, en effet, un principe général, absolu. Pour qu'il y eût exception dans le cas d'un payement fait sans cause et par erreur, il faudrait que cette exception fût formu-

(1) Cass., 19 fév. 1856. SIREY, 56, 1, 529.
(2) Cass., 10 juin 1857. SIREY, 58, 1, 59.
(3) L. 1, C. *Cond. ind.*
(4) L. 15, *ff. Cond. ind.*
(5) *Cond. ind.*, nº 172.
(6) T. 11, nº 94.

lée d'une manière expresse. Or, l'article 1378 ne s'occupe que du cas où le possesseur est de mauvaise foi. Son silence à l'égard du possesseur de bonne foi équivaut nécessairement à un renvoi sur ce point aux règles générales du droit. Cet argument, *a contrario*, nous semble ici concluant, puisqu'il ramène à l'application du droit commun.

Comme, d'ailleurs, la loi adjuge les fruits perçus au possesseur de bonne foi, soit à titre d'indemnité et d'encouragement de ses travaux, soit dans la pensée qu'il a augmenté ses dépenses personnelles dans la proportion de ses revenus, il n'est pas exact, au point de vue même de la loi, de prétendre que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. La présomption est que le possesseur ne s'est pas enrichi des fruits perçus de bonne foi, et si elle s'applique, alors même que le possesseur tient sa possession de non proprietaire, à plus forte raison doit-elle être appliquée lorsque c'est le propriétaire véritable qui a mis le détenteur en possession de sa chose (1).

10. Il existe toutefois une différence notable entre les fruits et les intérêts, sous le rapport de leur restitution. S'il est vrai, en effet, que celui qui a reçu la chose de bonne foi, doive restituer les fruits perçus après que sa bonne foi a cessé, celui qui a reçu de bonne foi une somme d'argent, n'en doit cependant pas les intérêts de plein droit à partir du moment où sa bonne foi a cessé. Car la règle générale est qu'ils ne sont dus qu'en vertu d'une demande judiciaire, hors les cas formellement exceptés par la loi, et, si l'article 1378 les fait courir de plein droit, c'est seulement dans l'hypothèse où la somme a été reçue de mauvaise foi dès le principe. De même que nous complétons, quant aux fruits, les dispositions de l'article 1378 par l'article 550, de même aussi nous devons les compléter, quant aux intérêts, par l'article 1153. Les intérêts en courront donc, dans tous les cas, pourvu que la perception ait eu lieu de bonne foi, qu'en vertu d'une demande judiciaire.

(1) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 185.

11. Revenons au possesseur de mauvaise foi. Il doit non seulement restituer les fruits perçus, mais encore ceux qu'il a manqué de percevoir. Dans ce cas, en effet, il est en faute et coupable de négligence, à moins que le défaut de perception de la totalité des fruits ne provienne d'un fait accompli au moment où il était encore de bonne foi; par exemple, s'il avait loué à vil prix la chose reçue de bonne foi, et qu'il n'eût connu les vices de sa possession qu'après avoir consenti le bail pour plusieurs années. Il ne devrait alors compte que des loyers perçus depuis sa mauvaise foi. S'il avait, au contraire, reçu ou affermé la chose de mauvaise foi, il en devrait les fruits, suivant la valeur locative, à dire d'experts, en cas de contestation.

12. Quant aux intérêts dus par celui qui a reçu de mauvaise foi, il n'y a qu'une somme d'argent qui soit susceptible d'en produire de plein droit. Ce mot capital dont se sert l'article 1378, bien que, par opposition au mot fruits, il s'entende également de la chose principale, indépendamment de ses accessoires, ne doit cependant, lorsqu'on l'oppose au mot intérêts, s'entendre que d'une somme de deniers. Si les choses fongibles peuvent produire elles-mêmes des intérêts, ce n'est que sur une demande (1155) ou sur une convention expresse (1905) et jamais de plein droit. Il est vrai que lorsqu'une chose fongible a été payée sans cause et par erreur, il en résulte un *promutuum*, c'est-à-dire, l'obligation pour celui l'a reçue de la restituer comme s'il l'avait reçue à titre de prêt. Mais l'assimilation n'est parfaite qu'en ce qui concerne la restitution du principal. La loi nous montre d'ailleurs, que tout en imposant l'obligation de rendre la chose comme si elle avait été prêtée, elle distingue néanmoins, quant à ses accessoires, si elle est simplement fongible ou consiste en une somme de deniers. Ainsi, l'article 1996 dit sommes, l'article 2001, avances, toutes expressions qui signifient exclusivement des deniers. La loi n'assimile donc point l'argent aux autres choses fongibles, quant à la production d'intérêts de plein

droit ; et celui qui a reçu indûment et de mauvaise foi des choses de cette espèce, est seulement passible de dommages et intérêts, suivant les circonstances.

13. Mais, faute par lui de les restituer en nature, il sera tenu de payer les intérêts, du jour qu'ils auront été judiciairement demandés.

Il en est de même, du reste, de toute autre chose, meuble ou immeuble, qui ne peut se restituer en nature, sans préjudice des fruits perçus de mauvaise foi.

14. La mauvaise foi s'entend ici, comme dans les autres cas, de la connaissance du vice. Est donc de mauvaise foi, celui qui reçoit sachant qu'il ne lui est rien dû, ou qu'il lui est dû une somme moindre, ou que la dette prétendue est sans cause légale, comme un supplément de prix d'office (1).

Telles sont encore les perceptions usuraires. Lorsque la créance est éteinte en capital et intérêts, le prêteur doit être condamné à restituer les sommes indûment perçues, avec intérêt du jour où elles lui ont été payées. La loi du 19 décembre 1850, article 1, a fait ainsi rentrer les intérêts usurairement perçus sous l'application des principes du droit commun dont l'article 1378 est l'expression. Sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807 qui seul formait alors la législation spéciale de l'usure, la Cour de cassation (2) décidait, en effet, formellement, que l'excédant usurairement perçu ne produisait pas de droit des intérêts antérieurs à la demande du débiteur. Elle faisait résulter cette dérogation aux règles ordinaires des termes mêmes de l'article 1, suivant lequel le créancier devait être condamné par le tribunal saisi de la contestation, à restituer l'excédant, ou à souffrir la réduction sur le principal de la créance ; d'où la conséquence que la restitution ou la réduc-

(1) Cass., 3 janv. et 3 déc. 1849. Sirey, 49, 1, 282; 50, 1, 380. — Cass., 19 avril 1852. Sirey, 52, 1, 449. — Cass., 31 janv. 1853. Sirey, 53, 1, 349. — 28 mai 1856. Sirey, 56, 1, 587. — 10 juin 1857. Sirey, 58, 1, 59.

(2) 9 nov. 1836. Sirey, 36, 1, 803.

tion n'en était due qu'en vertu de la condamnation prononcée sur la demande du débiteur, et que les intérêts n'en couraient pas de plein droit, à partir de chaque payement.

La mauvaise foi de celui qui a reçu sans cause peut enfin donner lieu, suivant les circonstances, outre les restitutions de droit, à de véritables dommages et intérêts, un quasi-délit pouvant très bien concourir avec un quasi-contrat.

15. Les intérêts dont est comptable celui qui a reçu sans cause et de mauvaise foi, ne sont point prescriptibles par cinq ans. La nature même de la dette fondée sur sa mauvaise foi répugne à l'application de la prescription quinquennale, et n'autorise que la prescription trentenaire. L'article 2277 ne s'applique d'ailleurs, par ses termes comme par son esprit, qu'aux intérêts dus et payables par année. Or, il n'y a pas d'intérêts payables de cette manière, tant qu'il n'est intervenu aucune décision sur l'action en répétition du demandeur. Jusque-là il ne peut réclamer ni capital, ni intérêts; et les intérêts auxquels il a droit, au lieu de former une créance distincte, ne constituent avec le capital qu'une seule et même dette, qui demeure soumise à la prescription ordinaire (1).

Article 1380.

Si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente.

Sommaire.

1. Transition.
2. En cas de donation ultérieure de sa part, celui qui a reçu de bonne foi n'a rien à restituer.
3. La bonne foi doit exister au moment de l'aliénation.
4. Si le prix est dû, il suffit de céder la créance.
5. *Quid*, en cas d'une dette due sous l'alternative d'une somme d'argent? Répétition de l'excédant du prix de vente.
6. Si l'aliénation avait eu lieu de mauvaise foi, des dommages et intérêts seraient dus.
7. L'action se donne-t-elle contre les tiers détenteurs?

(1) Cass., 28 mai 1856. Sirey, 56, 1, 587.

8. Suite. Ils ne peuvent opposer la maxime, qui doit garantir ne peut évincer.
9. Le véritable propriétaire n'est même pas tenu d'offrir les dommages et intérêts que le tiers détenteur peut avoir à réclamer.
10. Les hypothèques s'évanouissent.
11. Le vrai propriétaire peut revendiquer sur l'adjudicataire.
12. Si l'aliénation avait eu lieu de mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, les tiers pourraient être évincés sans difficulté.
13. Le propriétaire a droit au prix, à défaut de la chose, si le tiers acquéreur l'a prescrite.

COMMENTAIRE.

1. Nous avons déjà dit que l'action en répétition de l'indû étant fondée sur le principe que nul ne peut s'enrichir au préjudice d'autrui, celui qui avait reçu de bonne foi n'était tenu de restitution que jusqu'à concurrence de ce dont il s'était enrichi, *quatenùs locupletior factus est*. Nous avons en même temps examiné quelques conséquences de ce principe touchant la restitution de la chose, en capital et accessoires, sa perte, sa détérioration, les intérêts et les fruits produits par elle.

Jusque-là nous avons supposé que la chose n'était point sortie des mains de celui qui l'avait reçue. Mais l'article 1380 prévoit une autre hypothèse. La chose a été reçue de bonne foi; elle a été aliénée par le possesseur. Alors, il ne doit restituer que le prix de la vente. C'est, en effet, tout ce dont il s'est enrichi (1).

2. L'article 1380 parle de vente. Il faut, néanmoins, entendre par là toute sorte d'aliénation, même gratuite. Les raisons sont, en effet, les mêmes, et dans ce cas le possesseur ne s'étant point enrichi ne doit rien restituer (2).

3. L'article 1380 semble n'exiger la bonne foi qu'au moment de la réception. Mais il faut, en outre, que la bonne foi existe au moment de l'aliénation; celui qui a reçu doit aliéner sans fraude, *sine fraude distrahere* (3).

(1) L. 26, § 12, *ff. Cond. ind.*
(2) Toullier, t. 11, n° 96.
(3) L. 26, § 12, *ff. Cond. ind.*

4. Si le prix de l'aliénation a été touché par lui, il doit le restituer ; s'il est dû, il est quitte en cédant la créance. L'article 1935 en a une disposition analogue pour le cas de dépôt.

S'il a, par rapport à la chose, quelque action en nullité, en rescision ou en résolution du contrat d'aliénation, il doit également les céder à celui qui l'a payé sans cause. Il ne doit, en un mot, rien retenir des droits qu'il peut avoir.

5. Si, par erreur, j'avais payé une chose, croyant déterminément la devoir, tandis que je la devais sous l'alternative d'une somme d'argent, et que celui qui l'a reçue l'eût vendue, je ne pourrais demander sur le prix de vente que l'excédant de ma dette en deniers, en supposant que les créances réciproques fussent disposées à la compensation.

6. Si le possesseur avait aliéné de mauvaise foi, il serait tenu de tous dommages et intérêts envers le véritable propriétaire. C'est un principe d'équité trop flagrant pour qu'il y ait besoin d'insister.

7. Ici se place l'examen d'une question fort délicate. Celui qui a payé sans cause a-t-il le droit de revendiquer la chose contre les tiers détenteurs, donataires ou autres de bonne foi, au profit desquels elle a été aliénée également de bonne foi par celui qui l'a reçue?

Quant aux meubles, la question est décidée par l'article 2279. Les tiers de bonne foi conserveront sur la chose les droits de propriété ou autres qui leur auront été concédés, et le propriétaire n'aura de recours que contre celui entre les mains duquel il a remis la chose.

La question se restreint donc aux immeubles. Pothier (1) fait une distinction entre les tiers détenteurs. Suivant lui, le donataire peut être évincé, l'acquéreur, à titre onéreux, ne le peut pas. Mais MM. Toullier (2) et Delvincourt (3), repoussant la

(1) *Cond. ind.*, n° 178.
(2) T. 11, n°s 98 et 99.
(3) T. 3, pag. 681.

distinction de Pothier, pensent que le tiers détenteur ne peut point être évincé par le véritable propriétaire, lorsque celui qui a reçu le payement a aliéné de bonne foi. Malgré les autorités sur lesquelles elles s'appuient, nous n'hésitons pas à repousser ces opinions, comme fondées sur un faux principe et sur une interprétation erronée de l'article 1380.

L'action en répétition de l'indû, *condictio indebiti*, est, dit-on, une action personnelle, qui ne peut être intentée contre les tiers possesseurs de bonne foi. Non, cette action n'est pas une action personnelle; c'est une action mixte; car on ne peut s'empêcher d'y reconnaître un mélange de réalité et de personnalité (1). Qu'importe qu'elle ait été purement personnelle sous les principe du droit romain? Il faut bien se convaincre que la théorie des actions a été singulièrement modifiée par les nouveaux principes de notre législation civile. Du moment donc que l'action est mixte, elle peut être donnée contre les tiers détenteurs

Peuvent-ils au moins invoquer leur bonne foi personnelle? ils ne le peuvent pas davantage. La bonne foi seule du tiers détenteur ne suffit point, en effet, pour le rendre propriétaire incommutable de la chose d'autrui. C'est un principe élémentaire de notre droit civil. Sa bonne foi produit bien quelques effets; mais la loi a pris soin de les déterminer. Ainsi, elle attribue les fruits en sa considération; elle abrège le temps de la prescription, pourvu qu'il y ait en outre un juste titre. Mais elle ne va jamais jusqu'à le déclarer propriétaire, à raison de sa seule bonne foi.

Il est vrai que l'article 2009 déclare obligatoires, vis-à-vis des tiers de bonne foi, les actes consommés par le mandataire, même après la cessation de son mandat. Mais c'est que, dans ce cas, le mandant a lui-même provoqué leur confiance par la concession de pouvoirs qui leur ont présenté le mandataire comme un autre lui-même; c'est qu'il y a de sa part obligation contractée d'exécuter et d'entretenir tous les actes faits en son

(1) Voy. 1377, n° 24.

nom par le mandataire ; c'est qu'enfin il ne peut, par la révocation de ces actes consommés de bonne foi, leur causer un préjudice dont sa faute et son imprudence le rendent personnellement responsable. Dans le cas d'un payement fait sans cause et par erreur, il n'y a, au contraire, aucune obligation de cette nature qui ait été contractée vis-à-vis des tiers par la personne qui a fait ce payement. Ils ne peuvent donc lui imputer ni faute ni négligence à leur égard.

Aussi, l'article 1380 considère exclusivement la bonne foi de celui qui a reçu le payement, et laisse en dehors de ses prévisions la bonne foi des tiers qui ont contracté avec lui. Il n'a, en effet, pour objet que de régler les rapports qui existent entre celui qui a payé sans cause et celui qui a reçu. Il ne s'occupe nullement des rapports de celui qui a payé avec les tiers détenteurs; car, entre eux, il n'est pas question de contrat ni de quasi-contrat, mais seulement de propriété. Qu'on examine les articles qui précèdent et celui qui suit; nulle part il n'est dit un mot du tiers détenteur. La loi détermine seulement les conditions de l'action, par qui, contre qui elle est exercée, ce qu'elle comprend. Elle prévoit diverses hypothèses où l'objet de l'action n'est pas toujours le même, et l'article 1380 ne fait que prévoir une hypothèse particulière, dans laquelle il est toujours supposé que l'action se donne contre celui qui a reçu. Il peut arriver, en effet, que celui qui a payé ne puisse, pour cause de prescription, ou ne veuille pas, par un motif d'intérêt quelconque, revendiquer la chose sur les tiers détenteurs. Or, de ce que l'article 1380 dit que, si celui qui a reçu la chose de bonne foi l'a vendue, il ne doit restituer que le prix de vente, il ne s'ensuit pas que le tiers acquéreur soit à l'abri de toute éviction. Cette interprétation ne repose ni sur le texte ni sur l'esprit de notre article (1).

8. L'argument peut-être le plus spécieux que puisse invoquer le tiers détenteur, le voici : Il peut dire à celui qui a

(1) ZACHARIÆ, t. 3, pag. 186. — DURANTON, t. 13, n° 683.

payé et qui revendique sur lui sa chose : « Vous ne pouvez réclamer de celui qui a reçu et aliéné de bonne foi que le prix de vente, tout ce dont il s'est enrichi. L'article 1380 renferme expressément votre droit dans ces limites. Or, si vous m'évincez, j'exercerai mon recours en garantie contre mon vendeur qui se trouve ainsi tenu, à raison des dommages et intérêts qu'il me devra, au-delà même de ce dont il s'est enrichi, au-delà de ce que lui impose la loi. Cessez donc une action en éviction qui aboutit indirectement à un résultat que vous ne pourriez obtenir directement (1). »

On voit que le tiers détenteur ne présente pascette exception de son chef, mais de celui de son auteur, *ex personâ venditoris*, dont il exerce les droits en sa qualité de créancier (1166). D'où cette première conséquence que, s'il n'avait aucune action en garantie à exercer contre celui qui a aliéné, soit parce qu'aucune garantie ne lui a été promise, soit parce qu'il a acquis de mauvaise foi, en pleine connaissance du vice de son acquisition, l'exception ne pourrait être opposée. L'éviction du tiers détenteur n'exposerait pas en effet, dans ce cas, celui qui a aliéné de bonne foi la chose qu'il a reçue, à payer au-delà de ce dont il s'est enrichi.

Il en résulte enfin cette autre conséquence, que le tiers dédétenteur ne peut jamais la faire valoir que dans les mêmes termes où son auteur pourrait lui-même la présenter. Or, ce dernier ne pourrait exiger qu'une chose de la part du véritable propriétaire poursuivant l'action en revendication, à savoir, le remboursement, à titre d'indemnité, de tous les dommages et intérêts dont il peut être tenu envers le tiers évincé, en sus de ce dont il s'est réellement enrichi, c'est-à-dire du prix de l'aliénation. Cette exception, en la supposant fondée, ne serait donc pas de nature à écarter l'action en revendication.

On ne saurait, en effet, appliquer ici la maxime, *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, ou, en

(1) Dumoulin, *Div. et indiv.*, p. 2, n° 140. — Pothier, *Oblig.*, n° 256. — Toullier, t. 6, n° 692.

d'autres termes, qui doit garantir ne peut évincer. Ce principe n'est applicable que dans le cas où il existe une obligation directe de garantie entre le véritable propriétaire et le tiers détenteur. Or, dans notre espèce, il n'en existe aucune. D'une part, le tiers détenteur ne peut pas lui dire qu'il doit le garantir de toute éviction ; il peut lui dire seulement, comme exerçant les droits de son auteur, que, s'il l'évince, il doit au moins prendre garde à ne pas aggraver la position de ce dernier. D'autre part, dans les rapports qui existent entre le véritable propriétaire et celui qui a reçu et aliéné la chose de bonne foi, il n'y a aucune obligation directe de garantie ; il y aurait tout au plus une restriction indirectement apposée à l'exercice du droit de propriété.

9. Mais est-il bien vrai que le véritable propriétaire qui a payé sans cause et par erreur ne puisse évincer les tiers détenteurs, qu'à la charge par lui d'indemniser celui qui l'a reçue et aliénée de bonne foi, de tout ce que ce dernier serait tenu de payer aux tiers évincés, en sus de ce dont il s'est enrichi ? Nous ne le croyons point (1).

Il faut d'abord reconnaître que cette obligation imposée au véritable propriétaire est exorbitante du droit commun. D'où résulterait-elle ? Ce n'est ni d'une obligation directe de garantie qu'il aurait contractée, ni d'un pouvoir tacite de disposer qu'il aurait conféré en payant sans cause et par erreur. Autrement, les tiers détenteurs seraient à l'abri de toute éviction. Elle résulte, dit-on, des dispositions mêmes de l'article 1380. Mais quelle est la raison de cet article ? La voici : c'est que la bonne foi de celui qui a reçu ne doit pas tourner à son préjudice ; que l'imprudence de celui qui paye est plus grave que celle de celui qui reçoit ; que ce dernier, enfin, ne doit en éprouver aucun dommage. Cette obligation imposée au véritable propriétaire n'est donc, dans l'opinion que nous combattons, que la conséquence de sa faute, de son imprudence dont il doit réparation.

(1) *Contrà*, DURANTON, T. 13, n° 683. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 188.

Mais une faute, une imprudence n'obligent pas à en réparer les conséquences indirectes et éloignées. Comme l'imputabilité se dégrade et s'efface dans la succession des évenements, il arrive un point où la responsabilité doit cesser, soit parce qu'il est impossible de rattacher le fait primordial à ses suites prétendues, soit parce que la personne qui se prétend lésée a commis elle-même un acte intermédiaire dont elle doit garder la responsabilité. L'imputabilité manque enfin de la certitude nécessaire pour qu'une réparation puisse être ordonnée. Aussi, la loi (1151) dispose-t-elle que les dommages et intérêts ne doivent jamais comprendre que ce qui est une suite directe et immédiate de la faute.

Il ne suffit donc pas de dire que celui qui a payé par erreur et sans cause a commis une faute, une imprudence; il faut établir en outre que l'aliénation consentie par celui qui a reçu de bonne foi, et la garantie dont il s'est chargé vis-à-vis des tiers acquéreurs sont les suites directes et immédiates de cette faute, de cette imprudence. C'est là précisément ce que nous contestons. Que la loi déclare celui qui a reçu de bonne foi irresponsable, vis-à-vis de celui qui a payé sans cause, de ses actes d'administration, de disposition même, quelque indiscrets, abusifs et imprudents qu'ils aient été, pourvu qu'ils aient eu lieu de bonne foi; qu'il ne soit alors tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi; cette disposition est conforme aux principes du droit et de l'équité.

Mais s'il a disposé de la chose envers les tiers; si, par ces actes de disposition, il a personnellement contracté des obligations à leur égard, on ne peut les considérer comme étant la suite immédiate et directe du payement fait plus ou moins imprudemment entre ses mains. Outre que ces engagements n'en sont que la conséquence indirecte et éloignée, ils résultent d'un fait volontaire, qui lui est personnel, qui peut-être n'est pas exempt d'imprudence de sa part, et dont il doit conséquemment retenir toute la responsabilité. Aussi, l'article 1380 ne s'occupe-t-il que des rapports réciproques de celui qui a payé avec celui qui a reçu et aliéné; et par son silence en ce qui

concerne les rapports de l'un et de l'autre avec les tiers détenteurs, il nous semble avoir laissé sous l'empire du droit commun l'action en revendication de celui qui a payé, et l'action en garantie des tiers évincés contre celui qui a reçu.

10. Que si celui qui a reçu la chose a consenti sur elle des hypothèques, la revendication la fera rentrer libre dans les mains du véritable propriétaire. Car il n'a pu transférer au créancier plus de droit qu'il n'en avait lui-même.

11. Si les créanciers avaient poursuivi la vente de la chose, le véritable propriétaire pourrait même évincer l'adjudicataire, parce que l'adjudication ne transmet d'autres droits que ceux de la partie saisie (717 C. pr.).

12. Quoiqu'il en soit, l'article 1380 ne s'applique qu'au cas où celui qui a reçu a aliéné la chose de bonne foi. S'il avait été de mauvaise foi, non seulement le véritable propriétaire pourrait évincer les tiers détenteurs; mais il serait encore en droit de poursuivre contre lui des dommages et intérêts, suivant la gravité des circonstances, ainsi que nous l'avons déjà dit.

13. Si le tiers auquel l'indû possesseur a vendu la chose l'a acquise par la prescription, cette circonstance que l'action réelle en délaissement de la part du véritable propriétaire se trouve prescrite, ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action personnelle en restitution du prix contre le vendeur. Ce serait méconnaître les principes d'équité qui régissent les quasi-contrats, que de refuser au véritable propriétaire cette action en indemnité ou restitution, puisque, s'il en était ainsi, l'indû possesseur parviendrait à s'enrichir, contre toute justice, aux dépens d'autrui (1).

ARTICLE 1381.

Celui auquel la chose est restituée doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dé-

(1) Cass., 4 avril 1838. SIREY, 38, 1, 306.

penses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose.

Sommaire.

COMMENTAIRE.

1. Les articles précédents se sont spécialement occupés des obligations de celui qui restitue ; l'article 1381 s'occupe maintenant des obligations de celui qui répète.

Celui qui a reçu la chose a pu faire à son occasion et sur elle des impenses qui l'ont conservée ou améliorée. Il n'est pas juste que ces impenses soient une perte pour lui et un bénéfice pour le véritable propriétaire. C'est ce principe d'équité qui a dicté les dispositions de notre article. On conçoit même que la bonne ou mauvaise foi soit indifférente en ce point ; car il est toujours vrai que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Cette question était, néanmoins, autrefois controversée (1).

2. Rappelons en peu de mots la distinction des impenses en impenses nécessaires, utiles et voluptuaires.

Les impenses nécessaires sont celles qui ont pour objet de préserver la chose de perte ou de dégradation (2).

(1) Voy. Pothier, *Propriété*, n° 350.
(2) L. 79, *ff. De verb. sign.*

Les impenses utiles sont celles qui améliorent la chose, en même temps qu'elles la conservent (1).

Les impenses voluptaires n'ont pour but que l'embellissement, l'agrément, les décors de la chose (2).

3. Nous subdiviserons enfin les impenses nécessaires en impenses de grosses réparations et en impenses de simple entretien.

Ceci posé, examinons les droits de celui qui a fait de semblables impenses sur la chose qui lui a été payée sans cause. Celui auquel la chose est restituée doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose (1381). Mais ces dispositions, à la fois confuses et incomplètes, méritent d'être expliquées et complétées.

Celui qui doit restituer la chose, a-t-il fait des impenses nécessaires pour grosses réparations; a-t-il reconstruit de gros murs, des voûtes, rétabli des poutres et des couvertures entières (606), étayé et fortifié un bâtiment qui menaçait ruine; il a droit au remboursement intégral de ses dépenses, sans examiner si elles ont donné ou non à la chose une plus-value. Leur nécessité les justifie, car il ne pouvait s'empêcher de les faire, et le véritable propriétaire n'aurait pu lui-même s'en dispenser (3).

Quand nous disons que leur montant intégral doit être remboursé, nous supposons que le possesseur a apporté dans ces dépenses le discernement, l'ordre et l'économie ordinaires. Ce n'est que dans ces limites qu'elles sont réellement nécessaires. Au-delà, elles sont indiscrètes, superflues et abusives, et pour cet excédant aucun remboursement n'est dû.

4. Quant aux impenses nécessaires de simple entretien et de conservation journalière, elles sont une charge des fruits; de

(1) L. 79, § 1, *ibid.*
(2) L. 79, § 2, *ibid.*
(3) Voy. art. 862, 1673. — TROPLONG, *Vente*, n° 508. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 186.

telle sorte que le propriétaire à qui la chose est restituée doit les supporter, si les fruits lui sont rendus, à raison de la mauvaise foi du possesseur; ou que le posesseur lui-même les supporte sans recours, s'il garde les fruits, à raison de sa bonne foi (1).

5. Si les impenses sont simplement utiles, le propriétaire à qui la chose est restituée ne doit tenir compte que de la plus-value (861, 1673), alors même qu'elle serait inférieure aux déboursés. Les impenses utiles sont, en effet, toutes volontaires. Elles ne sont point commandées par la nécessité, et, à cet égard, il n'y a aucune distinction à faire entre le possesseur de bonne ou mauvaise foi. S'il les a faites de bonne foi, comment voudrait-il faire payer par le propriétaire un excédant de déboursés qui était déjà perdu pour lui, au moment de la restitution, fût-il demeuré réellement propriétaire ? S'il les a faites, au contraire, de mauvaise foi, de quel droit prétendrait-il mettre à la charge du propriétaire un excédant de déboursés inutiles. La règle d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui ne va jamais, pas plus dans le cas de bonne foi que dans celui de mauvaise foi, jusqu'à obliger à rembourser au-delà de la plus-value, la seule chose dont on se soit enrichi (2).

Si la plus-value excédait les déboursés, ce serait des déboursés seulement que le propriétaire devrait tenir compte. Le possesseur reçoit, en effet, une indemnité complète. Le reste est moins le résultat de son fait que de la nature même des choses (3). Mais on doit entendre ici par déboursés tout ce qu'il lui en a coûté, non seulement en argent, mais encore en peines, en travail, en soins de toute nature et même en industrie, toutes choses qui sont dignes de rémunération.

Autre observation encore plus importante : si le possesseur a fait plusieurs impenses, dont les unes employées en cons-

(1) Pothier, *Propriété*, n° 344.
(2) L. 29, § 2, *ff. De pigno.* — L. 38, *ff. De rei vend.* — Pothier, *Propriété*, n° 346, et *cond. ind.*, n° 173. — Zachariæ, t. 3, pag. 186.
(3) L. 38, *ff. De rei vend.*

tructions, par exemple, n'ont produit qu'une plus-value inférieure aux déboursés, tandis que les autres ont augmenté le fonds d'une valeur supérieure à la dépense, on doit alors examiner les opérations dans leur ensemble, comme constituant les actes d'une administration indivisible dans son principe et dans son objet. Il se fait un bloc et une balance de toute la plus-value et de tous les déboursés. Si l'on appréciait, au contraire, isolément chaque élément de ces impenses, il s'ensuivrait que, le propriétaire ne payant que la plus-value pour les unes, et les déboursés pour les autres, celui qui les a faites ne pourrait compenser les pertes d'un côté et les profits de l'autre. Un pareil résultat est contraire à l'équité. Il faut donc commencer par apprécier la plus-value, puis en déduire le montant des dégradations, s'il y a lieu ; et le reliquat représente le montant de la plus-value nette que le propriétaire doit rembourser au possesseur évincé, au moins jusqu'à concurrence des déboursés de toute nature légalement justifiés.

6. La plus-value doit, sans doute, s'estimer d'une manière absolue, puisqu'elle consiste dans l'augmentation du prix vénal de la chose. Cependant, l'estimation peut et doit même s'en faire d'une manière relative, eu égard aux circonstances, à la condition du propriétaire. Cette appréciation est abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux (1).

7. Ce que nous venons de dire des réparations utiles n'est strictement applicable qu'à celles qui font corps avec la chose et en sont matériellement inséparables. Quant aux constructions et plantations, il faut appliquer l'article 555, qui distingue entre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi (2).

8. Les articles 1634 et 1635, évaluant les dommages et intérêts de l'acquéreur évincé, font une distinction entre les dépenses utiles et les dépenses voluptuaires. Celles-ci n'entrent en compte que dans le cas où elles ont lieu de bonne foi, et où

(1) L. 27, § 5 ; l. 28, 29, *ff. De rei vend.*—POTHIER, *Propriété*, n° 348.
(2) DURANTON, t. 13, n° 695.

le vendeur était lui-même de mauvaise foi. On ne doit point faire ici cette distinction ; et, du principe que le propriétaire n'est tenu des réparations utiles que jusqu'à concurrence de la plus-value, il résulte que, si les dépenses voluptuaires ont procuré à la chose une augmentation de valeur, elles rentrent, dès lors, dans la classe des dépenses utiles. Il ne faut pas croire, en effet, que des impenses d'embellissement et d'agrément ne puissent donner aucune plus-value. Si la chose était mise en vente, elle serait certainement vendue plus cher (1). Il faut remarquer, en outre, que l'estimation devra en être faite d'une manière relative. Lors donc qu'elles restent au propriétaire, il doit en tenir compte jusqu'à concurrence de l'augmentation de valeur qu'elles ont donnée à la chose, parce que, alors, elles sont réellement utiles, *promercales*, pour employer l'expression de la loi romaine (2).

9. Bien que le possesseur de bonne foi ne soit point tenu des dégradations qu'il a commises, dans l'ignorance du vice de sa possession et parce qu'il a négligé la chose comme sienne, *rem quasi suam neglexit*, néanmoins, dans l'estimation de la plus-value, quand même elles auraient été sans profit pour lui, il doit en tenir compte et en déduire le montant de celui des améliorations. On ne peut, en effet, parler de plus-value que compensation faite des améliorations d'une part et des dégradations de l'autre (3).

Mais il est évident que les améliorations faites par le possesseur même de mauvaise foi ne doivent point se compenser avec les dégradations survenues par cas fortuit et force majeure.

10. Au lieu de se faire indemniser des améliorations faites à la chose, le possesseur de bonne ou de mauvaise foi peut enlever les objets qu'il y a joints par voie d'accession, pourvu

(1) L. 10, *ff. De impens. in reb. dot.*
(2) DURANTON, T. 13, n° 695. — *Contrà*, ZACHARIÆ, T. 3, pag. 187.
(3) POTHIER, *Cond. ind.*, n° 173. — TOULLIER, T. 11, n° 110.

que ces objets soient susceptibles d'en être séparés (1), qu'il le fasse sans malice, et qu'il répare les dégradations causées par cet enlèvement.

11. Le propriétaire ne peut reprendre sa chose sans que, au préalable, il ait remboursé l'indemnité qu'il doit pour impenses nécessaires ou même simplement utiles. Celui qui les a faites a un droit de rétention jusqu'au payement (2). Mais il faut que les impenses aient été faites de bonne foi. Si, en effet, il avait possédé de mauvaise foi, sa possession serait trop vicieuse pour servir de principe à un droit de rétention. Il n'aurait alors contre le propriétaire que le recours ordinaire et simple en indemnité (3).

12. Celui qui a payé sans cause doit encore indemniser celui qui a reçu de bonne foi, du préjudice qu'il a directement et immédiatement éprouvé de la réception de la chose. Si, par exemple, je vous ai payé par erreur un cheval atteint d'une maladie contagieuse et qui a infecté vos écuries, vous pourrez demander contre moi des dommages et intérêts, pourvu que vous ayez été de bonne foi.

13. Les frais du payement sans cause, tels que loyaux coûts d'actes, droits d'enregistrement, demeurent à la charge de celui qui les a acquittés, s'il y a imprudence ou bonne foi égales de part et d'autre. Celui qui les a payés n'a, en effet, aucun titre pour s'en faire indemniser, puisque leur payement n'est ni un dommage imputable, ni un profit réalisé à l'égard de l'autre partie.

Cependant, s'il y avait eu faute, imprudence ou mauvaise foi de la part de cette dernière, celui qui les a acquittés aurait le droit de s'en faire indemniser.

14. Quant à la restitution de la chose, elle est aux frais de

(1) L. 9, *ff. ibid.*

(2) Arg. des art. 9, tit. 27, Ordonn. de 1667, et 867, 1663, 1948, C. Nap.

(3) POTHIER, *Propriété*, n[os] 345, 351. — TROPLONG, *Hyp.*, T. 1, n° 260.

celui qui l'a payée, pourvu qu'elle ait été reçue de bonne foi. Si elle l'avait été de mauvaise foi, les frais de la restitution seraient à la charge de celui qui doit la rendre, parce qu'il s'en est constitué sciemment débiteur, en s'exposant avec connaissance à une action en répétition, et qu'il doit relever l'autre partie indemne des conséquences dommageables de sa faute ou de son dol.

CHAPITRE II.

DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS.

ARTICLE 1382.

Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé a le réparer.

ARTICLE 1383.

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Sommaire.

1. Signification du mot, délit, en droit criminel,
2. Et en droit civil.
3. Eléments constitutifs du délit civil et du quasi-délit.
4. Peu importe l'espèce de dommage souffert,
5. Soit par commission ou par omission.
6. Caractère essentiel de la négligence ou omission.
7. *Quid*, si on laisse faire ce que l'on pouvait empêcher?
8. L'article 1382 est étranger à la faute contractuelle.
9. Les fautes commises dans l'exécution d'un contrat constituent quelquefois des délits.

10. Le fait doit être illicite. Simple exercice d'un droit n'oblige. Actes de l'Etat.
11. Abus du droit.
12. Nécessités de voisinage. Etablissements incommodes et insalubres.
13. Suite.
14. Jusqu'où s'étend la liberté de l'homme?
15. Le principe de la responsabilité civile s'applique à tous. Médecins, avocats, officiers publics, etc...
16. Magistrats de l'ordre judiciaire, prise à partie.
17. Agents du gouvernement.
18. Ministres du culte catholique, garantie dont ils jouissent.
19. Pas de responsabilité si le fait n'est le résultat de la libre détermination de la volonté,
20. S'il émane d'un insensé, d'un enfant dépourvus de discernement.
21. Ils ne sont pas tenus sur leurs biens du dommage causé.
22. Pour être responsable, le mineur doit être *doli capax*.
23. Maladie, délire, ivresse, conseil judiciaire.
24. Nul n'est responsable de la force majeure.
25. Tout git en fait en matière de délits et de quasi-délits.
26. L'obligation de réparer s'entend de la perte éprouvée, du gain manqué.
27. Diversité des modes de réparation.
28. La fixation de l'indemnité est laissée au pouvoir du juge.
29. La responsabilité cesse si celui qui a éprouvé le dommage s'y est exposé,
30. A moins que l'auteur du fait ne fût astreint à certaines précautions.
31. Il y a toujours délit et quasi-délit si le fait est le résultat d'une convention illicite. Exemples : duel, mort, mutilation convenus.
32. Cas divers où la loi fixe la base de l'indemnité.
33. On ne peut ordonner que l'indemnité sera appliquée à une œuvre quelconque.
34. Solidarité des auteurs ou complices.
35. Comment doit s'entendre la complicité?
36. Il faut établir le dommage, et la faute du tiers, auteur du fait. Peu importe que le préjudice soit éprouvé directement ou indirectement.
37. Cause juridique de l'action en réparation civile.
38. Suite. Exemples.
39. Suite.
40. Suite. Fraudes en matière de loterie.
41. Suite. Dommage éventuel, suivant la théorie du hasard. Loterie.
42. Action publique; action civile.
43. Personnes incapables n'ont pas besoin d'être assistées devant les tribunaux de répression.
44. Effets de la transaction sur l'intérêt civil.

45. L'action civile peut être poursuivie séparément de l'action publique.
46. Héritiers, successeurs, créanciers, cessionnaires de la partie lésée.
47. L'action civile ne s'éteint pas par la mort du prévenu.
48. Elle s'éteint par la même prescription que l'action publique,
49. A moins qu'elle ne se fonde sur un droit préexistant résultant d'un contrat,
50. Ou sur un droit de propriété, comme au cas de vol,
51. Ou d'usurpation, ou d'entreprise sur les biens de la partie lésée.
52. En quels cas la contrainte par corps a lieu?
53. Des dépens alloués à titre de dommages et intérêts.
54. Si elle peut être prononcée contre les héritiers et successeurs de l'auteur du fait.

COMMENTAIRE.

1. En droit criminel, le mot, délit, a une acception tantôt générale, tantôt spéciale. Employé dans le premier sens, il signifie toute espèce d'infraction à la loi générale, quelle qu'en soit d'ailleurs la gravité. Pris dans le second sens, il signifie seulement certaines infractions que l'article 1 du Code pénal définit et caractérise d'une manière spéciale. Suivant cet article, l'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit; l'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime. Pour savoir si un fait constitue soit une contravention, soit un délit, soit un crime, il faut donc se demander d'abord si ce fait est prévu et puni par la loi pénale, et ensuite quel genre de peine lui est applicable.

Or, les peines en matière criminelle sont la mort, les travaux forcés à temps, la détention, la réclusion, lesquels sont des peines tout à la fois afflictives et infamantes (7, C. p.), enfin le banissement et la dégradation civique, lesquels sont des peines seulement infamantes (8, C. p.).

Les peines en matière correctionnelle sont l'emprisonnement à temps dans un lieu de correction, l'interdiction à temps de certains droits civils ou de famille, l'amende (9, C. p.).

Les peines de police sont l'emprisonnement, l'amende et la confiscation de certains objets saisis (464, C. p.).

Sont considérés comme contravention de police simple les faits qui, d'après les dispositions du quatrième livre du Code

pénal, peuvent donner lieu soit à quinze francs d'amende ou au-dessous, soit à cinq jours d'emprisonnement ou au-dessous, qu'il y ait ou non confiscation des choses saisies, et quelle qu'en soit la valeur (470, C. p.). En un mot, l'emprisonnement pour contravention de police ne peut être moindre d'un jour, ni excéder cinq jours, suivant les classes et distinctions spécifiées (465, C. p.); et les amendes pour contravention peuvent être prononcées depuis un franc jusqu'à quinze francs inclusivement, selon les mêmes classes et distinctions (466, C. p.).

2. En droit civil, le mot, délit, a une acception essentiellement générale. Il signifie tout fait illicite par lequel une personne cause sciemment et méchamment un dommage à autrui, soit que ce fait constitue ou non une infraction déterminée et punie par la loi pénale. Il suffit qu'il ait été commis malicieusement et dans le dessein de nuire; car les délits civils ne sont pas toujours et essentiellement des délits criminels, et la loi pénale ne prévoit pas dans ses dispositions rigoureuses, pour en faire l'objet d'une incrimination spéciale, tous les faits illicites par lesquels une personne lèse frauduleusement les droits d'un tiers. Tels sont les actes simples de dol, de fraude et de mauvaise foi, qui souvent ont de tels caractères que l'équité regrette que le législateur ne les ait pas incriminés. Sous ce rapport, les délits de droit civil semblent être plus nombreux que les délits de droit criminel.

Mais sous un autre rapport leur nombre paraît, au contraire, plus limité. En effet, dans un intérêt de sécurité, d'ordre et de paix publique, le législateur a prévu et puni, comme constituant des infractions pénales, certains faits qui, ne portant actuellement aucune atteinte au droit d'autrui, sont absolument innocents comme délits civils. Telles sont les simples tentatives de crimes ou de délits, lesquels ne constituent pas toujours des délits de droit civil. Tels sont surtout une foule de délits correctionnels et de contraventions de simple police. C'est qu'il n'y a pas de délit de droit civil, si le fait duquel on

prétend le faire résulter n'a été la cause d'aucun dommage pour autrui.

Cette condition d'un préjudice causé est commune aux délits et aux quasi-délits. Elle leur est tellement essentielle, qu'elle est l'unique fondement de l'action qu'entend exercer la personne qui se dit lésée.

3. La définition même que nous avons donnée du délit civil fait suffisamment entendre de quels éléments il se compose. Il consiste d'abord dans un fait de l'homme ; et ce fait lui-même peut être positif ou négatif, de commission ou d'omission, *in committendo, vel omittendo.* Nous remarquerons seulement, quant aux faits d'omission, qui s'appellent plus particulièrement fautes, que leur appréciation est souvent plus délicate, parce qu'ils offrent des caractères moins sensibles.

Quelque dommageable qu'il soit, le fait doit en outre être illicite, c'est-à-dire qu'il doit constituer une infraction aux engagements que la loi ou l'équité imposaient d'une manière légalement obligatoire à la personne à laquelle il est imputé.

Il faut encore que ce fait lui soit légalement imputable, comme acte résultant de la libre détermination de sa volonté.

Enfin, nous avons dit qu'il devait avoir lieu méchamment et dans le dessein de nuire. Cette dernière circonstance caractérise le délit. Si le fait avait, au contraire, eu lieu sans malicieux dessein, sans frauduleuse intention de la part de son auteur, mais seulement par suite de sa faute, de sa négligence ou de son imprudence, il n'y aurait qu'un simple quasi-délit. Telle est la distinction fondamentale, mais elle est la seule, qu'il convient de faire, en droit civil, entre les délits et les quasi-délits (1).

Ces diverses conditions sont toutes résumées dans les dispositions combinées des articles 1382 et 1383, qui exigent un fait quelconque de l'homme, causant à autrui un dommage, et arrivé par la faute de son auteur, par sa négligence ou par

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 116. — Toullier, t. 11, n° 115. — Zachariæ, t. 3, pag. 190. — Duranton, t. 13, n° 699.

son imprudence. Les développements dans lesquels nous allons maintenant entrer ne seront que les conséquences des principes que nous avons posés.

4. Il est indifférent, quant au principe de l'action qui compète à la partie lésée, et quant à la chose qui peut faire la matière d'un délit ou d'un quasi-délit, que celui qui en a souffert ait éprouvé le dommage dans ses biens, dans sa personne, dans son existence, ou dans son honneur et sa considération.

Par quelque côté que ce fait l'atteigne et lui cause préjudice, il n'en est pas moins lésé dans ses droits; il y a toujours violation à son égard, non seulement des préceptes du droit qui nous recommandent de ne pas léser autrui et d'attribuer à chacun le sien, *alterum non lædere, suum cuique tribuere* (1), mais encore de cette grande maxime de la morale évangélique, dictée de Dieu même, qu'il ne faut pas faire à autrui ce que nous ne voudrions pas qu'il fût fait à nous-mêmes. A ce double point de vue de la religion et de la justice, il n'y a pas de principe plus social; car il contient la garantie de tous les droits et la sanction de tous les devoirs de l'homme en société.

5. Peu importe encore que le fait imputé consiste dans la commission ou l'omission d'un acte. Le bon sens et la raison suffiraient pour l'enseigner, si la loi n'en avait une disposition formelle. Les articles 1382 et 1383 sont, en effet, conçus dans des termes tels, qu'il est impossible de douter qu'ils n'aient entendu prévoir indistinctement tous les faits desquels il résulte un dommage, une atteinte aux droits d'autrui. Tout fait quelconque de l'homme, dit l'article 1382; non seulement son fait, mais encore sa négligence ou son imprudence, dit l'article 1383. Leurs dispositions ne sauraient être plus expresses ni plus claires. Il n'y a donc aucune distinction à faire entre les fautes de commission et celles d'omission. Elles sont, en droit, rangées sur la même ligne (2).

(1) Instit., *De just. et jure*, § 3.
(2) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 194. — TOULLIER, T. 11, n° 159.

6. Cependant, lorsque le fait duquel on prétend faire résulter un délit ou un quasi-délit consiste dans une simple négligence ou omission, il faut, pour que celui auquel il est imputé en soit responsable, qu'il ait existé à son égard quelque obligation légale, en vertu de laquelle il ait été tenu d'accomplir l'acte qu'il a, contrairement à ses devoirs, omis ou négligé. S'il n'existait, par rapport à lui, aucune obligation de cette nature, sa négligence ou son omission pourraient bien constituer une infraction à ses devoirs moraux, mais elles n'engageraient pas légalement sa responsabilité. N'étant pas tenu de faire davantage, il lui était loisible et licite de s'abstenir (1).

7. Si l'on prétendait le constituer en délit ou en quasi-délit pour ne pas avoir empêché un fait dommageable envers un tiers, alors qu'il le pouvait, il faudrait établir la même distinction. Pouvait-il empêcher le fait, et en même temps en était-il tenu par quelque obligation légale? Il est responsable personnellement du dommage causé. « Ceux qui, pouvant empêcher un dommage que quelque devoir les engageait de prévenir, y auront manqué, pourront en être tenus, suivant les circonstances; » ainsi s'explique Domat (2). Il y a, en effet, dans ce cas, contravention formelle à leurs engagements, sans qu'ils puissent s'excuser de leur inexécution par aucun prétexte de cas fortuits ou de force majeure, puisque nous supposons qu'il leur a été possible d'empêcher ou de prévenir le fait qui donne lieu à leur responsabilité. Celui qui ne fait pas ce qu'il devait faire contrevient par cela même à son obligation ; *qui non facit quod facere debet, videtur facere adversùs ea, quia non facit* (3). Cette maxime du jurisconsulte Paul ne fait que consacrer un principe de souveraine équité (4).

Mais pour être responsable, il ne suffit pas qu'on ait pu empêcher le fait duquel la partie lésée prétend avoir souffert, si.

(1) Zachariæ, t. 3, pag. 189. — Proudhon, *Usuf.*, t. 3, n° 1489.
(2) Lois civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4, n° 8.
(3) L. 121, *ff. De reg. jur.*
(4) Toullier, t. 11, n° 117, note, et n° 119, *in fine*.

d'ailleurs, il n'existait aucune espèce d'obligation légale en vertu de laquelle on fût tenu d'agir positivement pour empêcher ou prévenir l'acte dommageable. Nous présentons, du reste, ces explications sans préjudice de l'extension de la responsabilité civile aux faits d'autrui, conformément à l'article 1384.

8. La faute dont parle l'article 1382 n'a aucun rapport avec la faute contractuelle dont nous nous sommes occupé ailleurs (1). A quelque degré qu'elle existe, si légère qu'elle puisse être, *et levissima* (2), pourvu qu'elle soit établie, elle est légalement imputable, quand même il n'y aurait pas eu volonté de nuire, *etiam ab eo qui nocere noluit* (3). Car la loi va jusqu'à rendre responsable de l'imprudence et de la négligence (1383), sauf aux juges à se montrer, suivant les circonstances, plus ou moins sévères dans l'appréciation du degré de faute imputable. Ainsi, la légèreté, l'inattention, l'imprévoyance, l'ignorance et l'erreur, même de bonne foi, engagent également la responsabilité. N'est-il pas juste, en effet, que celui qui a causé le dommage en supporte seul la peine, sous forme de réparation et d'indemnité, plutôt que celui qui l'a éprouvé, sans qu'aucune faute lui soit imputable, et sans qu'il lui ait été le plus souvent possible de s'en garantir et de s'en défendre ?

Alors, au contraire, qu'il s'agit de fautes contractuelles, comme les rapports des parties ont été le résultat de leurs volontés réciproques, ces fautes s'apprécient suivant d'autres principes. Nous le répétons donc, les dispositions des articles 1382 et 1383 sont tout-à-fait étrangères à l'appréciation et aux conséquences des fautes qui peuvent être commises dans l'accomplissement des obligations résultant d'un contrat ou d'un quasi-contrat. Elles s'apprécient d'après les règles particu-

(1) 1137, n° 10.

(2) L. 44, *ff. Ad leg. Aquil.*— DOMAT, Lois civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4. — TOULLIER, T. 11, n° 153.

(3) L. 5, § 1, *ff. Ad leg. Aquil.*

lières à l'acte de l'exécution duquel il s'agit ; et, quant à leurs conséquences en ce qui concerne la responsabilité du contrevenant, elles se déterminent d'après les articles 1146 et suivants, qui traitent des dommages et intérêts résultant de l'inexécution des obligations.

9. Ce n'est pas cependant que les fautes commises dans l'exécution d'un engagement conventionnel ne puissent elles-mêmes constituer, à raison de leur caractère spécial, un véritable délit, tombant sous l'incrimination de la loi pénale. Ainsi, un locataire incendie volontairement la maison qu'il occupe ; un dépositaire, un mandataire détournent ou dissipent les choses qui leur ont été confiées ; un médecin maladroit ou imprudent cause involontairement la mort de son malade ; par maladresse, imprudence ou inattention, un voiturier occasionne la mort d'un voyageur, ou lui cause des blessures ; dans ces cas divers et autres semblables, il y a, de la part du contrevenant, inexécution des engagements qu'il avait contractés, et, de plus, il s'est rendu coupable d'un crime ou d'un délit qualifiés par la loi pénale. La partie lésée aura, en conséquence, une action en dommages et intérêts qu'elle fondera, à son choix, sur l'une ou l'autre de ces deux causes, soit sur l'inexécution des engagements conventionnels, d'après les articles 1146 et suivants, soit sur l'existence d'un préjudice causé par un délit ou un quasi-délit, d'après les articles 1382 et 1383 (1).

Nous verrons même plus loin que cette circonstance qu'il préexiste une convention exerce une influence décisive sur la durée de la prescription de l'action en dommages et intérêts.

10. Toute question de faute et d'imputabilité rentre elle-même dans l'examen du caractère illicite que doit présenter le fait dommageable. Or, par illicite, il faut entendre ce que la loi n'autorise point, ce qu'elle défend même, ce qu'on n'a pas le droit de faire, *quod non jure fit* (2).

(1) Zachariæ, t. 3, pag. 195, nte 8.
(2) L. 5, § 1, *ff. Ad leg. Aquil.*

Réciproquement, est licite ce qu'on a le droit de faire. Dès lors, nul n'est en faute quand il ne fait qu'user de son droit, *nullius videtur dolo facere qui suo jure utitur* (1); et celui-là seul cause préjudice, qui fait ce qu'il n'a pas le droit de faire; *nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet* (2).

Peu importe donc que, dans l'exercice régulier et prudent de son droit, il ait causé quelque dommage à un tiers. Comme l'action en dommages et intérêts a essentiellement son principe dans la violation du droit d'autrui, à défaut de ce droit, elle manque de base légale à l'égard du prétendu contrevenant. Il est irresponsable et ne doit aucune sorte de réparation. Ce ne serait plus en réalité un droit, s'il ne pouvait l'exercer que moyennant une indemnité en faveur de celui qui souffrirait de son exercice. Rigoureusement même il devrait, s'il était tenu de quelques dommages et intérêts, être condamné à s'en abstenir et à n'en point user, puisque c'est aussi un principe de droit qu'il vaut mieux prévenir le dommage, lorsque c'est possible, que d'en poursuivre la réparation après qu'il a été consommé. Telle est enfin la nature d'un droit, qu'il n'existe en somme au profit de l'un qu'à l'exclusion et au préjudice même de tous autres. Tant mieux, tant pis; cette maxime du monde s'applique également au droit strict.

Si des faits accomplis par les simples particuliers nous nous élevons à ceux qui le sont par l'État lui-même, nous voyons qu'ils sont régis par les mêmes principes. Soit qu'ils se réfèrent à des dispositions législatives, ou à des mesures de gouvernement et d'administration prises dans un intérêt général d'ordre et de sûreté publique, ses actes n'ouvrent jamais, en faveur des individus qui se prétendent lésés par eux, aucune action en indemnité ou réparation civile. Quels que soient les dommages particuliers qui peuvent résulter de semblables

(1) L. 55, *ff. De reg. jur.*

(2) L. 151, *ff. De reg. jur.* — TOULLIER, T. 11, n° 119. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 190. — DURANTON, T. 13, n° 699.

mesures, en ce qui concerne le droit de jouir et de disposer des choses qui leur appartiennent, ou la faculté d'exercer telle profession, tel commerce ou industrie, comme elles ne constituent aucune expropriation pour cause d'utilité publique, aucun fait direct de dommage permanent ou temporaire, ni aucune interdiction de commerce ou d'industrie privée en vue d'une appropriation effective ou d'un monopole public, l'État, qui ne fait qu'agir en vertu de son droit souverain, ne saurait jamais être considéré comme responsable, ni comme tenu d'aucune réparation envers les particuliers lésés, à moins qu'un droit à indemnité ne leur ait été réservé d'une manière spéciale. Mais, dans les cas où elle existerait, cette exception confirmerait la règle. S'il en était autrement, l'action de l'État, dans les faits mêmes qui tiennent à la souveraineté, serait constamment paralysée et gênée par l'obligation où il serait de payer une somme incalculable de réparations. C'est ici le cas de répéter avec Caton (1) : « Il n'y a pas de loi qui satisfasse tout le monde ; le point important, c'est qu'elle serve l'intérêt public, celui de la majorité ; » *nulla lex satis commoda omnibus est; id imò quæritur, si majori parti et in summam prodest.*

11. Cependant, pour qu'une entière et parfaite irresponsabilité garantisse l'exercice d'un droit, il faut que celui qui l'exerce en use prudemment (2), avec les précautions ordinaires, sans en abuser et sans en excéder les justes limites. L'abus qu'il en aurait fait d'une manière préjudiciable à autrui l'obligerait à réparer le dommage causé. A plus forte raison, en serait-il tenu si, entre diverses manières d'exercer son droit, il avait méchamment, et dans le dessein de nuire, choisi celle qui devait ou pouvait être la plus dommageable. La malice est alors plus qu'une faute, et ne mérite aucune indulgence (3).

(1) Tite-Live, liv. 34, ch. 2 et suiv.

(2) L. 30, § 3, *ff. Ad leg. Aquil.* — Domat, liv. 2, tit. 8, sect. 4. — Sourdat, *Responsabilité*, n° 680.

(3) Toullier, t. 11, n° 119.

12. C'est ainsi que les établissements classés ou non parmi ceux qui sont réputés dangereux, insalubres ou incommodes, peuvent donner lieu à une action en dommages et intérêts en faveur des propriétaires voisins, à raison du dommage qui leur est causé, soit par le bruit des ateliers, les émanations de la fumée ou autres causes d'incommodités inhérentes à leur exploitation. Mais il faut que, par leur degré de violence et d'intensité, elles excèdent la mesure ordinaire des obligations du voisinage (1).

S'agit-il d'un établissement rangé par la loi parmi ceux qu'elle considère comme dangereux, insalubres ou incommodes, l'administration n'accordant l'autorisation nécessaire que sous la réserve des droits des tiers, ces derniers peuvent poursuivre devant la juridiction ordinaire la réparation du dommage qui leur est causé. Car elle est seule compétente pour statuer sur cette question d'intérêt privé, et elle a même le droit de condamner pour l'avenir, et tant que le préjudice subsistera, celui qui le cause à le réparer. Mais, comme l'administration est seule compétente pour prescrire les conditions jugées nécessaires, dans un intérêt public, à la bonne exploitation de l'établissement (2), les tribunaux ne peuvent, sous le prétexte de faire disparaître les causes du dommage, modifier les conditions imposées par l'administration. Ils doivent se borner à statuer sur le dommage actuellement causé ou même à venir, sauf au maître de l'établissement à s'entendre avec l'administration, afin d'apporter à son exploitation les changements indispensables pour faire cesser toute cause de préjudice, ou du moins le réduire à un degré légalement supportable.

« Si d'un côté, dit la Cour de cassation (3), on ne peut méconnaître que le bruit causé par une usine, lorsqu'il est

(1) Cass., 27 nov. 1844. SIREY, 44, 1, 811. — 17 juill. 1845. SIREY, 45, 1, 825. — 20 fév. 1849. SIREY, 49, 1, 346. — Agen, 7 fév. 1855. SIREY, 55, 2, 311.

(2) Voy. Décret du 15 oct. 1810.

(3) Cass., 27 nov. 1844. SIREY, 44, 1, 811.

porté à un degré insupportable pour les propriétés voisines, ne soit une cause légitime d'indemnité; d'un autre côté, on ne peut considérer toute espèce de bruit causé par l'exercice d'une industrie, comme constituant le dommage qui peut donner lieu à une indemnité ». Ainsi, il ne suffit pas que l'on dise que ce bruit est préjudiciable, si on ne prend soin, en outre, de déclarer qu'il est, par sa violence, sa nature et sa continuité porté à un degré qui excède les obligations ordinaires du voisinage.

Si même le tribunal réglait l'indemnité pour le dommage futur, en prévoyant certains cas d'atténuation ou d'aggravation, il devrait, au lieu de disposer que l'indemnité ne cessera que tout autant que le bruit cessera lui-même, indiquer, puisqu'il y a un degré tolérable, à quelle limite l'incommodité en résultant sera réputée ne plus avoir une gravité suffisante pour constituer un dommage légalement susceptible de réparation (1). Mais on comprend que les faits ultérieurs d'aggravation ou d'atténuation peuvent tellement modifier les rapports des parties qu'il sera le plus souvent impossible de déterminer à l'avance, dans la prévision d'une semblable éventualité, et à défaut d'une base certaine d'évaluation, la quotité à réduire ou à augmenter sur le montant de la réparation allouée (2).

13. Cette limite de tolérance que les incommodités causées par un établissement quelconque peuvent atteindre, au préjudice des voisins, sans donner lieu de leur part à aucune action en dommages et intérêts, cette limite s'apprécie suivant les circonstances. Les tribunaux ne doivent pas seulement considérer la nature et la gravité de ces incommodités ; ils peuvent aussi prendre en considération les conditions industrielles de l'époque et de la localité. C'est enfin un devoir pour eux de consulter les intérêts généraux du travail et de l'industrie.

Mais ils n'ont point à considérer, dans l'appréciation des

(1) Cass., 27 nov. 1844. Sirey, 44, 1, 811.

(2) Amiens, 18 juill. 1845. Sirey, 45, 2, 475. Sur renvoi de la Cour suprême, après arrêt de cassation du 27 nov. 1844.

circonstances qu'ils sont appelés à faire, la condition personnelle des voisins, la profession qu'ils exercent, la délicatesse de leurs organes, la mollesse de leurs habitudes. La plainte d'un sybarite serait un objet de ridicule et de mépris.

Qu'un avocat, un philosophe, un littérateur se prétendent incommodés par le bruit et la fumée de la forge d'un maréchal, leur voisin; ils ne pourront le contraindre à cesser son travail, ou du moins à l'interrompre à de certaines heures. C'est pour eux une nécessité de voisinage; et de la part du forgeron il y a l'exercice d'un droit qui ne saurait fonder aucune action en dommages et intérêts. Expilly, dans son trente-quatrième plaidoyer, examine cette question à sa manière et à celle de son temps, avec ce luxe de citations et cet étalage d'érudition qui fait de son ouvrage un véritable objet de curiosité.

14. Si, maintenant, les cas d'abus demeurant exceptés, on demande quelles sont les choses que l'on a le droit de faire, on veut savoir, en d'autres termes, jusqu'où s'étend la liberté de l'homme. Elle n'a d'autre limite que le droit et la liberté des autres. Comme ce principe domine toute la théorie des facultés, des droits et de leur exercice, il se trouve engagé dans toute question relative à la responsabilité civile pour délits et quasi-délits.

Nous remarquerons, toutefois, qu'il n'y a pas que l'exercice régulier d'un droit réellement existant qui assure un bénéfice d'irresponsabilité à celui qui en use. Il suffit quelquefois de l'opinion où l'on est qu'en accomplissant tel acte on ne fait qu'user de son droit. Ce n'est pas sur un autre principe que la loi se fonde, lorsque, en considération de la bonne foi de la personne, elle valide certains actes, attribue les fruits perçus, et dispense de certaines restitutions ou réparations à l'égard du véritable propriétaire qui, cependant, est par là constitué en perte.

15. Il n'existe du reste aucune condition, aucune position, aucune profession, aucun art, aucune fonction même, si élevée qu'elle soit, qui puisse s'attribuer l'irresponsabilité et re-

vendiquer pour soi l'impunité. Tous ceux qui les occupent ou les exercent sont également responsables de leurs délits ou quasi-délits, et sont tenus indistinctement de réparer le dommage qu'ils ont causé par leur faute.

Ainsi des médecins (1), des avocats, et autres exerçant des professions libérales, lorsqu'il est établi que, même sans aucune intention de nuire, ils ne se sont point conformés aux préceptes de leur science et aux règles de leur art. Il n'y a de difficulté que dans l'appréciation du fait et des circonstances.

Ainsi, sont responsables des délits et quasi-délits commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, les fonctionnaires publics et officiers ministériels, tels que les officiers de l'état civil (51, 52); les conservateurs des hypothèques (2108, 2197, 2198, 2202); les notaires (2); les avoués (293, 1031, C. pr.); les huissiers (293, 1031, C. pr.) (3); les agents de change (4).

Les recueils de jurisprudence contiennent un nombre infini d'arrêts qui, dans des espèces diverses, ont consacré le principe de cette responsabilité. Nous nous bornerons à en préciser le caractère essentiel; c'est qu'elle n'est encourue que dans les cas seulement où le fonctionnaire public soit l'officier ministériel ont, dans l'exercice de leurs fonctions, et d'une manière préjudiciable à autrui, contrevenu aux règles particulières qui leur étaient prescrites, et aux obligations spéciales qui leur étaient imposées. Il faut donc toujours constater à leur charge tout au moins une faute, une imprudence, une négligence envers la partie pour laquelle ils ont agi en leur qualité.

Souvent l'existence d'un mandat privé se mêle à l'exercice de leurs fonctions publiques; et ce contrat donne lieu par suite, dans son exécution, à une responsabilité particulière. Il importe de ne pas la confondre avec la responsabilité générale qui pèse sur eux en leur qualité de fonctionnaires publics ou

(1) Cass., 18 juin 1835. SIREY, 35, 1, 401.
(2) L. du 25 ventôse an XI, art. 16, 18, 68.
(3) Décret du 14 juin 1813, art. 45.
(4) Arrêté du 27 prairial an X.

d'officiers ministériels. Chacune d'elles repose, en effet, sur des éléments dont les caractères et l'appréciation sont très différents. Elles peuvent se cumuler; mais elles se fondent séparément sur des faits essentiellement distincts, de sorte que, sous le rapport de l'exercice de ses fonctions, l'officier public peut être irréprochable, tandis que, comme mandataire, il est responsable des fautes qu'il a commises dans l'exécution de ses engagements.

16. Les magistrats de l'ordre judiciaire sont eux-mêmes responsables des délits et quasi-délits commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions. Diverses dispositions ont formellement posé le principe de cette responsabilité. (15, 292, C. pr., 77, 112, 164, 271, 415, C. inst. crim.). Ainsi, les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants : 1° s'il y a dol, fraude ou concussion, qu'on prétendrait avoir été commis, soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements; 2° si la prise à partie est expressément prononcée par la loi; 3° si la loi déclare les juges responsables, à peine de dommages et intérêts; 4° s'il y a déni de justice (505, C. pr.).

Mais les juges jouissent d'une double garantie, et quant au fond et quant à la forme de la poursuite. « Les actes du juge, dit la Cour de cassation (1), quand ils se rattachent à l'exercice de ses fonctions, ne peuvent engager sa responsabilité que dans les cas expressément prévus par la loi qui a introduit la voie extraordinaire de la prise à partie; d'où il suit qu'aucun acte du ministère du juge ne peut autoriser une poursuite personnelle contre lui, à moins qu'il ne soit au nombre de ceux que l'article 505, C. pr., a pris soin de déterminer d'une manière limitative. »

D'autre part, enfin, il est de principe que le juge ne peut être personnellement poursuivi en dommages et intérêts, à raison d'actes se rattachant à l'exercice de son ministère, que par la voie de la prise à partie (2). Mais les formalités aux-

(1) 24 mai 1842. SIREY, 42, 1, 920.—31 juill. 1850. SIREY, 51, 1, 126.
(2) Cass., 13 mars 1850. SIREY, 51, 1, 128.

quelles est soumise cette action, ne modifient le principe de la responsabilité du juge, qu'en ce qu'elles constituent en sa faveur des garanties spéciales.

Il est encore protégé par des garanties analogues lorsqu'il s'agit de crimes ou de délits commis par lui hors de ses fonctions, (479 et suiv., C. inst. crim.) ou dans l'exercice de ses fonctions. (483 et suiv., C. inst. crim.).

17. Quant aux agents du gouvernement, ils ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du conseil d'État (1). Cette disposition s'applique à l'action civile aussi bien qu'à l'action publique. Les personnes lésées n'ont ainsi qu'une action en dommages et intérêts dont l'exercice est subordonné à l'autorisation du conseil d'État. Mais la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires (2).

18. Les ministres du culte catholique jouissent enfin d'une protection analogue, puisqu'il résulte des articles 6 et 8 de la loi du 18 germinal an X que, dans les cas d'abus, il doit y avoir recours préalable au conseil d'État, et que l'affaire y est suivie et définitivement terminée dans la forme administrative, ou renvoyée, suivant l'exigence des cas, aux autorités compétentes. Or, d'après l'article 6, les cas d'abus sont notamment toute entreprise ou tout procédé qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérer contre eux en oppression, ou en injure, ou en scandale public.

19. Nous avons dit (3) que, pour être imputable à son auteur, le fait devait résulter de la libre détermination de sa volonté. Tel est le principe essentiel sur lequel est basée la responsabilité des actions humaines. Là où cesse cette liberté morale, toute responsabilité disparaît et l'imputabilité des actes s'éva-

(1) Art. 75 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.
(2) Art. 75, *ibid.*
(3) *Suprà*, n° 3.

nuit. Cette règle est commune à la législation civile et à la législation pénale.

Que je sois donc, à l'aide de violence, contraint de commettre un acte ou de m'en abstenir, et qu'il résulte de mon fait ou de mon abstention un dommage pour autrui, ce ne sera pas moi qui serai tenu de le réparer. Personnellement, je suis irresponsable. La responsabilité pèse exclusivement sur celui qui a exercé envers moi la violence, et il est tenu de dommages et intérêts, non seulement envers le tiers qui a été lésé, mais encore envers moi-même pour la violence dont j'ai été l'objet.

20. C'est un enfant, un insensé, incapables de tout discernement, qui commettent un acte dommageable envers autrui. Comme, à défaut de raison suffisante et de la conscience du bien et du mal, ils ne peuvent commettre aucun délit, ils ne sont pas responsables du dommage par eux causé (1).

Mais si le fait imputé à une personne en état de démence habituelle et même d'interdiction légale avait été commis par elle dans un intervalle lucide, elle serait responsable et tenue, en conséquence, de réparation.

Pour être plus sensible en matière de délits civils, lesquels supposent de la part de leur auteur un malicieux dessein de nuire, dont l'enfant et l'insensé, privés de tout discernement, sont incapables, cette irresponsabilité n'en est pas moins incontestable en matière de simples quasi-délits. Ceux qui ne jouissent pas de l'usage de leurs facultés morales, du moins au moment où ils ont commis le quasi-délit qu'on prétend leur imputer, ne sont tenus d'aucune responsabilité. Tout quasi-délit se caractérise, en effet, essentiellement par une faute, une imprudence. Or, les actes de l'enfant, de l'insensé, sont exempts de toute imprudence et de toute faute, de la même manière et au même titre qu'ils le sont de malignité et d'intention frauduleuse.

(1) L. 5, § 2, *ff. Ad leg. Aquil.*

D'ailleurs, la distinction que l'on essayerait d'établir entre les délits et les quasi-délits, pour les rendre responsables des derniers, aboutirait à ce résultat plus qu'étrange en théorie et en pratique : C'est que, à défaut de malignité et d'intention de nuire qui leur soient moralement et légalement imputables, il suffirait de faire dégénérer tout délit en quasi-délit, et de changer ainsi le titre de leur responsabilité, en les rendant responsables de leur fait, à titre de simple quasi-délit, pour cause de faute, d'imprudence ou de négligence de leur part. Ils ne jouiraient enfin d'aucune irresponsabilité, puisqu'elle ne serait reconnue en leur faveur, à l'égard des délits, que pour leur être immédiatement retirée par suite de la conversion du même fait en quasi-délit. Les principes de l'imputabilité légale ne seraient ainsi reconnus d'abord en apparence, que pour être éludés en définitive.

21. Sans doute il est désastreux et triste de voir sa personne exposée, sa fortune compromise par le fait d'un enfant, d'un insensé, qui du reste ont des ressources plus que suffisantes pour réparer le dommage qu'ils ont causé. Cependant, leur fortune ne doit point répondre des dommages et intérêts envers la partie lésée (1). Si, dans notre ancienne jurisprudence, on rencontre quelques exemples de personnes acquittées pour démence, et néanmoins condamnées sur leurs biens à une réparation, de pareilles décisions ne sauraient s'expliquer que par une fausse notion des principes de la responsabilité légale.

C'est ainsi que le prévenu, acquitté comme étant en état de démence, ne doit pas être condamné aux dépens, parce que son acte n'est pas susceptible d'imputation, et que, s'il ne constitue point un délit, il ne peut constituer non plus un quasi-délit qui le soumette à une réparation civile (2).

Cependant, le mineur âgé de moins de seize ans, et acquitté

(1) *Contrà*, MERLIN, Rép., v° *Blessé*, § 3, n° 4, et v° *Démence*, § 2, n° 3.

(2) Cass., 29 avril 1837. SIREY, 38, 1, 924. — 10 mai 1843. SIREY, 43, 1, 670.

comme ayant agi sans discernement (66, C. p.), doit être retenu aux frais, parce qu'ils ont été rendus nécessaires par son fait, et qu'ils ont un caractère de réparations purement civiles (1).

Mais ces conséquences du défaut de discernement pour le mineur de seize ans n'ont lieu qu'en matière criminelle, à l'égard de l'exercice de l'action publique résultant du délit. Quant à l'action civile, dans le cas même où elle est jointe à l'action publique, la question de discernement, en ce qui touche les dommages et intérêts, doit être appréciée par la juridiction criminelle d'après les principes de la loi civile. Or, la loi civile n'admet point la minorité de seize ans, ni aucun autre âge préfix au-dessous duquel il y ait une sorte de présomption légale de défaut de discernement. Du moment donc qu'il ne s'agit plus d'apprécier la criminalité du fait, au point de vue de l'application de la peine, la question de discernement doit être résolue indépendamment du principe de la minorité de seize ans, qui n'appartient qu'à la loi criminelle. Aussi pensons-nous que, dans le cas même où le mineur serait acquitté comme ayant agi sans discernement, il pourrait encore être condamné à des réparations civiles, comme ayant eu suffisamment la conscience de son acte dommageable. Mais s'il est, au contraire, reconnu qu'il a été dépourvu de raison suffisante, de telle sorte qu'il n'est tenu d'aucune responsabilité, ni criminellement, ni civilement, il ne doit, sur ses biens personnels, aucune espèce de réparation à la partie lésée.

Il y a dans la vie tant de choses auxquelles il faut fatalement se résigner et se soumettre, comme à des événements fortuits et des accidents de force majeure dont la responsabilité ne pèse sur personne. Tels sont les prétendus délits et quasi-délits commis par un enfant ou un insensé privés de discernement et de raison. Ce sont des accidents, des malheurs, comme si une bête cause un dommage, *quemadmodum si quadrupes damnum dederit;* comme si une tuile vient à tomber, *si*

(1) Cass., 10 juin 1842. SIREY, 42, 1, 608. — 25 mars 1843. SIREY, 43, 1, 614.

tegula ceciderit; ainsi s'explique Ulpien (1). On ne peut donc légalement s'en prendre ni à la personne ni aux biens de ceux qui en ont été la cause, sauf à poursuivre, d'après l'article 1384, les personnes qui répondent civilement de leur fait, en leur qualité de père, mère, tuteur, maître, commettant, artisan, instituteur, surveillant ou gardien de l'enfant ou de l'insensé (475, n° 7, C. p.) (2).

22. Quand donc l'article 1310 dispose que le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit, c'est dans la supposition qu'il est en possession d'une raison suffisante et capable d'agir avec discernement. Il doit être *doli capax, jam injuriæ capax* (3); et cette capacité de dol s'apprécie d'après les circonstances particulières de chaque espèce. Il n'y a pas d'âge auquel on puisse assigner le moment précis où elle se développe. Elle vient aux uns plus tôt, aux autres plus tard, suivant leurs facultés natives, leurs inclinations naturelles, leur éducation, leur condition sociale, les exemples et les leçons qu'ils ont reçus. La malice, dit-on, supplée l'âge, *malitia supplet ætatem*. Des faits nombreux le prouvent chaque jour. Mais la meilleure preuve de cette précoce capacité de dol se puisera surtout dans les circonstances mêmes du fait dommageable. Les juges auront à y rechercher avec soin les indices du discernement et de la réflexion que supposent la malignité et le dessein de nuire, s'il s'agit d'un délit.

S'il s'agit, au contraire, d'un simple quasi-délit, l'examen du juge devra porter sur la capacité du mineur, en ce qui touche la prudence et les soins ordinaires dans la conduite des affaires de la vie. Seulement, nous répéterons avec Pothier (4)

(1) L. 5, § 2, *ff. Ad leg. Aquil.*

(2) Pothier, *Oblig.*, n° 118. — Zachariæ, t. 3, pag. 190, 194. — Toullier, t. 11, n° 270. — Proudhon, *Usuf.*, t. 3, n°s 1525 et 1526. — Sourdat, *Responsabilité*, n°s 16, 416. — Caen, 2 déc. 1853. Sirey, 54, 2, 385.

(3) L. 5, § 2, *ff. Ad leg. Aquil.*

(4) *Oblig.*, n°s 118, 120.

que les fautes d'imprudence s'excusent bien plus facilement dans les jeunes gens.

23. A l'homme en état habituel de démence, nous assimilons celui qui, par suite de maladie ou d'accident fortuit, perd momentanément l'usage de la raison. Il n'est pas responsable des faits qu'il a commis pendant son délire.

Quant à l'ivresse, bien qu'elle ait entraîné la perte de la raison, elle ne constitue jamais une excuse ; car elle est volontaire. C'est une première faute qui ne saurait, par ses résultats, fonder aucune irresponsabilité en faveur de celui qui s'en est rendu coupable (1).

A l'égard des prodigues soumis à un conseil judiciaire, ils sont pleinement responsables de leurs délits et quasi-délits. La mesure dont ils ont été l'objet a été prise, en effet, pour les empêcher de contracter témérairement, et non pour leur procurer le bénéfice d'une entière irresponsabilité (2).

24. A peine avons-nous besoin de faire remarquer que nul n'étant responsable des accidents fortuits et de la force majeure, on ne peut considérer les faits de cette nature comme constituant des délits ou des quasi-délits. Cependant, s'ils avaient été précédés de quelque acte qui en eût préparé, facilité ou provoqué l'évènement, celui qui l'aurait commis serait légalement obligé de réparer le dommage. Sa responsabilité serait également engagée, dans la mesure du préjudice causé, si le cas fortuit ou de force majeure avait été précédé, accompagné ou suivi de quelque acte de sa part qui en aurait déterminé ou aggravé les conséquences dommageables. Il y a, dès lors, un véritable délit ou quasi-délit qui doit être réparé (3).

25. Les cas de délits et de quasi-délits sont innombrables. Il y a tant de manières diverses de nuire à autrui, soit qu'on

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 119. — SOURDAT, n°s 19, 418.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 120. — SOURDAT, n°s 18, 417.
(3) ZACHARIÆ, T. 3. pag. 194, n^{te} 3. — TOULLIER, T. 11, n° 154.

viole son droit dans sa personne ou dans sa propriété ! Nous ne pourrions citer que les plus vulgaires et les plus usuels, ce qui serait inutile pour l'intelligence de principes tellement élémentaires, qu'il suffit des lumières naturelles de la raison pour en apercevoir toute la justice et l'équité. Nous nous abstiendrons donc, autant que possible, de toute citation de cas et d'espèces, en nous bornant à renvoyer aux recueils d'arrêts où ils abondent.

Tout n'est d'ailleurs, en cette matière, que pure question de fait, et on ne voit guère quelle peut être l'autorité juridique d'une décision rendue dans des circonstances qui ne sauraient jamais être parfaitement identiques. Elle pourrait tout au plus être invoquée par analogie ; et, ici, analogie n'est que différence.

26. Les articles 1382 et 1383 posent le principe de la responsabilité civile des délits et quasi-délits ; et cette responsabilité elle-même se traduit, de la part de l'auteur du fait, dans l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé. Réparer le dommage, c'est satisfaire, autant que possible, celui qui l'a souffert, au moyen d'une indemnité appropriée à la nature du préjudice et à la possibilité de sa réparation.

En cas de délits et de quasi-délits, le dommage comprend, comme en cas d'inexécution d'obligations conventionnelles, la perte éprouvée, *damnum emergens*, et le profit manqué, *lucrum cessans*. C'est donc sur cette double base que doit être toujours calculé le montant de la réparation.

Les dommages et intérêts dus pour la réparation d'un délit ou d'un quasi-délit ne doivent néanmoins comprendre, pour la perte éprouvée ou le gain manqué, que ce qui en est une suite immédiate et directe (1). Mais, comme il n'est intervenu aucune convention, ils ne doivent pas être limités à ce que l'auteur du fait a pu prévoir au moment où il l'a commis, alors même qu'il n'y aurait pas eu de sa part dol, malice et dessein de nuire (2).

(1) 1151, n° 4.
(2) 1150, n° 11.

27. Les modes de réparation possibles ne sont pas, il est facile de le concevoir, susceptibles d'une aussi grande variété que les manières mêmes, si différentes entre elles, dont on peut causer dommage à autrui. On porte de tant de façons atteinte aux droits des autres, et ces droits eux-mêmes sont si divers ! Cette diversité aura certainement pour conséquence de différencier les modes de réparation ; mais la nature même des choses s'oppose à ce que, pour chaque genre de dommage spécial, il y ait une espèce particulière de satisfaction. Aussi n'est-elle que ce qu'elle peut être, le plus souvent imparfaite et sans aucun rapport avec la nature du préjudice souffert.

En principe, la réparation de tout dommage se résout en une indemnité pécuniaire. S'il s'agit d'un dommage causé à un tiers dans ses biens, dans sa propriété, on conçoit qu'une pareille indemnité soit le mode le plus convenable de réparation. Mais les articles 1382 et 1383 ne prévoient pas seulement le cas d'un préjudice matériel affectant autrui dans la possession et la propriété de ses biens. Ils prévoient aussi tout dommage qui lui est causé dans son existence, dans sa personne, et enfin, toute espèce de tort moral, qu'il peut éprouver dans sa liberté, sa sûreté, son honneur, sa considération et ses affections légitimes. Dans ces divers cas la réparation se traduit encore en une indemnité pécuniaire. Ainsi le veut la nécessité des choses ; et cependant quel rapport y a-t-il entre ce mode de satisfaction et la nature du dommage causé?

Mais les juges ne sont pas forcés de restreindre, dans tous les cas, la condamnation à l'obligation de payer une somme d'argent à la partie lésée. Cette indemnité pécuniaire qui représente les dommages et intérêts proprement dits se cumule souvent, à raison de l'espèce du délit ou du quasi-délit, avec d'autres chefs particuliers de condamnation. Ainsi, les juges condamnent, en outre, la partie responsable, soit à restituer au possesseur ou propriétaire légitime, la chose qui a fait le sujet du délit ou du quasi-délit ; soit à supprimer certaines œuvres, certains travaux qui sont la cause temporaire ou permanente du dommage ; soit à accomplir certains faits, certaines

prestations sans lesquels le préjudice ne serait pas suffisamment réparé ; sauf encore le droit d'allouer des dommages et intérêts, pour une somme fixe, en cas d'inexécution des condamnations prononcées, ou par chaque jour de retard, en cas de retard dans l'exécution. La partie lésée peut enfin, outre une indemnité en argent, ou pour tenir lieu de toute réparation, être autorisée elle-même à faire ou à faire faire certaines choses, aux dépens de celui qui a commis à son égard le délit ou quasi-délit.

Les juges peuvent encore, en allouant à titre de réparation une indemnité pécuniaire, déterminer une somme pour être une fois payée, ou fixer le service d'une pension temporaire ou viagère, eu égard à la nature du fait et de ses conséquences dommageables.

S'agit-il d'un de ces torts moraux commis par quelque voie de publication, dont l'argent n'est jamais qu'un dédommagement incomplet ; les tribunaux peuvent, outre une indemnité pécuniaire, soit pour toute réparation, ordonner la suppression et la destruction de tout ou partie des objets qui ont servi à causer le dommage, et, suivant qu'il y a lieu pour l'effet de la condamnation, l'impression et l'affiche de l'arrêt, aux frais du condamné (1).

Ils peuvent enfin, dans les cas prévus par les articles 222, 223, 224 et 225, C. p., condamner, mais seulement à titre de répression pénale, l'offenseur à faire réparation à l'offensé (226, 227, C. p.). Mais si, en dehors des cas où la loi l'autorise, ils ordonnaient cette mesure, ou toute autre analogue, telle que l'amende honorable, la rétractation, la demande de pardon, leur décision serait en ce point illégale et inobligatoire (2).

28. En règle générale, les tribunaux sont investis d'un pou-

(1) Loi du 26 mai 1819, art. 26. — Loi du 17 mai 1819, art. 23.

(2) MERLIN, Rép., v° *Réparation d'honneur*, et Quest., v° *Injures*, § 1. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 192, n° 7. — MORIN, Dict. de droit crim., v° *Réparation d'honneur*.

voir discrétionnaire pour fixer le montant de l'indemnité qui peut être allouée à titre de réparation d'un délit ou d'un quasi-délit. La détermination en est laissée à leur justice dans tous les cas où la loi ne l'a pas réglée elle-même (51, C. p.). Et ce principe est applicable aussi bien à la juridiction civile qu'à la juridiction répressive (1).

Les juges peuvent donc se borner à condamner l'auteur du fait, pour toute réparation, aux frais de l'instance envers la partie lésée.

Ils sont souverains appréciateurs des circonstances qui peuvent les autoriser à modérer les dommages et intérêts. Ils sont de véritables jurés ayant la faculté d'admettre ou de rejeter, pour ainsi dire, les circonstances atténuantes, concernant le montant des réparations civiles. La nature du fait, le degré de la faute, le caractère de la négligence ou de l'imprudence, la fraude de l'intention ou l'absence de tout dessein de nuire, telles sont du côté de celui auquel un délit ou un quasi-délit est imputé les circonstances principales qui sont abandonnées à leur appréciation.

Quant à la partie lésée, ils ont en même temps à considérer par rapport à elle les circonstances diverses qui sont de nature à aggraver ou à atténuer les conséquences dommageables du fait à son égard, ou qui, sans détruire complètement toute responsabilité de la part de l'auteur du délit ou quasi-délit, tendent néanmoins à la diminuer, en établissant que le fait, dans son existence même ou dans ses résultats nuisibles, est, dans une mesure plus ou moins considérable, également imputable à l'imprévoyance, la légèreté, la négligence, l'imprudence, à la faute, en un mot, de celui qui poursuit la réparation. Les juges laissent alors à la charge de ce dernier une portion plus ou moins forte du dommage qu'il a éprouvé, en proportion de sa responsabilité propre et de l'imputabilité du fait à son égard. L'indemnité se détermine ainsi proportionnellement aux fautes et aux torts que la partie lésée doit imputer à elle-

(1) Zachariæ, t. 3, pag. 192.

même et à son adversaire. Ce mode de détermination est une très légitime satisfaction donnée aux principes du droit et de l'équité.

29. Il arrive même souvent que tel est le degré de la faute imputable à la personne qui se prétend lésée, que le fait, quelque dommageable qu'il soit, ne présente plus les caractères d'un délit ou d'un quasi-délit. Celui qui éprouve un dommage par sa faute est censé ne pas en éprouver du tout ; *quod quis ex suâ culpâ damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (1). Il n'a du moins qu'à s'en prendre à lui-même du préjudice qu'il a souffert, et nul autre n'est responsable du tort qu'il s'est causé par sa propre faute.

Je ne suis donc tenu d'aucune réparation pour avoir laissé tomber une branche d'arbre que je coupais, sur un étranger qui vient à passer auprès, l'arbre étant planté sur un terrain privé qui ne doit aucun passage. Il en est de même à l'égard de celui qui, dans les mêmes circonstances, laisse tomber une tuile ou une pièce de bois dans la construction ou la réparation de son bâtiment. La raison en est qu'il lui a été impossible de deviner que quelqu'un dût passer par là, *cum divinare non potuerit an per eum locum aliquis transiturus sit* (2).

Rien de plus juste. Mais, quelque incontestable que soit en droit le principe que nous venons d'énoncer, son application soulève, dans la pratique, de sérieuses difficultés. Les juges doivent, en effet, se demander, du côté de l'auteur du fait, s'il n'a fait qu'user de son droit sans en excéder les justes limites; s'il a pris toutes les précautions que l'usage et les circonstances particulières l'astreignaient à prendre; si même il n'a pas commis le fait avec connaissance, préméditation et dessein de nuire. Ils doivent encore se demander, du côté de celui qui se prétend lésé, s'il n'y a pas eu de sa part imprévoyance, né-

(1) L. 203, *ff. De reg. jur.*

(2) L. 31, *ff. ad. leg. Aquil.* — TOULLIER, T. 11, n° 154. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 195, n°s 5. — PROUDHON, *Usuf.*, T. 3, n° 1487. — SOURDAT, n° 661.

gligence, légèreté, faute imputable, de telle sorte que le fait ne constitue plus à son égard ni délit ni quasi-délit.

A plus forte raison, n'est-il dû aucune réparation à celui qui a éprouvé un dommage par suite de sa propre fraude et de sa mauvaise foi. Car nul n'est admis à s'en faire un titre.

30. L'imprudence et la faute de la partie lésée ne sont cependant point, dans tous les cas, de nature à décharger de toute responsabilité l'auteur du fait. C'est ce qui arrive lorsque le délit ou le quasi-délit se rattache à une infraction, de la part de ce dernier, aux lois et règlements qui lui faisaient un devoir de prendre, dans un intérêt public, certaines mesures de précaution et de prudence. Ainsi, le voyageur qui insiste pour prendre place dans une voiture déjà trop chargée, ne laisse pas, suivant nous, d'avoir une action en dommages et intérêts, si la voiture vient à verser par excès de chargement (1).

On dirait vainement qu'il est personnellement en faute et qu'il est allé au-devant de l'accident. Le plus coupable sera toujours le conducteur, auquel des obligations sont imposées dans l'intérêt des voyageurs. C'était à lui à ne point céder aux instances de celui qui s'est présenté, alors que la voiture avait déjà son chargement plus que complet. En l'acceptant ou en l'autorisant à prendre place, il a commis un acte auquel rien ne l'obligeait, dont la prudence et les règlements lui prescrivaient, au contraire, de s'abstenir. Loin d'être déchargé de toute responsabilité envers ce nouveau voyageur, il contracte à son égard les mêmes engagements qu'envers les autres, puisqu'il stipule également un prix de transport, et qu'il lui promet les mêmes garanties de sécurité dans le voyage.

S'il en était autrement, il faudrait aller jusqu'à dire que tout voyageur qui entrant dans une voiture a pu avoir une idée de son mauvais état, du vice de son chargement ou de toute autre cause de péril, encourt volontairement des risques dont par cela même l'entrepreneur du transport cesse d'être responsa-

(1) *Contrà*, SOURDAT, n° 660. — Lyon, 17 janv. 1844. SIREY, 44, 2, 401.

ble. Or, une pareille conséquence est inadmissible, puisqu'elle tend à détruire toute police dans l'exercice d'une industrie où la loi veut, dans un intérêt public, que ceux qui s'y livrent aient de la prudence pour ceux-là même qui n'en ont pas.

La seule concession que nous puissions faire, c'est donc de permettre aux tribunaux de modérer dans ce cas, suivant les circonstances, le chiffre des dommages et intérêts.

31. Lorsque celui qui a éprouvé le dommage s'y est exposé volontairement, il n'existe à la charge de qui que ce soit aucune obligation de le réparer. *Volenti non fit injuria.* Il ne doit l'imputer qu'à lui-même, et n'a de recours à exercer contre personne.

Mais si cette volonté qui a porté la partie lésée à encourir le dommage, s'était exprimée par une de ces conventions illicites qui sont réputées nulles et non avenues, comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou aux prohibitions de la loi, elle serait sans influence d'une part, sur le droit de la partie lésée à demander la réparation du dommage souffert, et de l'autre, sur l'obligation de celui qui l'a causé, de le réparer.

Telle est la convention en exécution de laquelle une personne se fait tuer ou mutiler par une autre. Elle pourra demander des dommages et intérêts à cause de la mutilation qui lui aura été faite; et ses héritiers, si elle a été tuée, auront la même action contre le meurtrier, sans qu'il puisse s'affranchir de toute responsabilité, en alléguant une prétendue convention de suicide, que les lois et la morale réprouvent.

De même, les blessures faites en duel ou dans toute autre rencontre de ce genre constituent tout au moins un délit civil qui oblige celui qui les a faites à réparer le dommage causé à son adversaire, quand bien même ce dernier aurait été le provocateur (1).

(1) Cass., 29 juin 1827. Sirey, 27, 1, 463. — 20 juin 1836. Sirey, 36, 1, 732. — Bordeaux, 5 avril 1852. Sirey, 52, 2, 421.

32. Nous avons dit que la détermination de l'indemnité due pour délit ou quasi-délit est en général laissée à la justice des tribunaux ; mais nous avons en même temps excepté les cas où la loi a pris soin elle-même de fixer les bases de l'évaluation. Nous pouvons en citer plusieurs.

Le Code pénal nous en fournit quelques-uns. Article 117 : « Les dommages et intérêts qui pourraient être prononcés à raison des attentats exprimés dans l'article 114, seront demandés, soit sur la poursuite criminelle, soit par la voie civile, et seront réglés, eu égard aux personnes, aux circonstances et au préjudice souffert, sans que, en aucun cas, et quelque soit l'individu lésé, lesdits dommages et intérêts puissent être au-dessous de vingt-cinq francs pour chaque jour de détention illégale et arbitraire et pour chaque individu. »

Article 119 : « Les fonctionnaires publics chargés de la police administrative ou judiciaire qui auront refusé ou négligé de déférer à une réclamation légale tendant à constater les détentions illégales et arbitraires, soit dans les maisons destinées à la garde des détenus, soit partout ailleurs, et qui ne justifieront pas les avoir dénoncées à l'autorité supérieure, seront punis de la dégradation civique et tenus des dommages et intérêts, lesquels seront réglés comme il est dit dans l'article 117. »

En matière forestière, dans tous les cas où il y a lieu à adjuger des dommages et intérêts, ils ne pourront être inférieurs à l'amende simple prononcée par le jugement (202, C. for.). Et ces dispositions sont applicables aux délits de pêche (1).

La loi du 10 vendémiaire au IV, sur la responsabilité des communes, fixe encore l'indemnité au double et même au triple de la valeur des objets pillés ou détruits (art. 1 et 6). Mais alors les tribunaux conservent, quant à l'évaluation de ces objets, le pouvoir discrétionnaire d'appréciation qu'ils n'ont plus lorsque, cette base une fois posée, il s'agit seulement de déterminer le montant de la réparation.

(1) Loi du 15 avril 1829, art. 71.

33. Celui qui se plaint d'un délit ou d'un quasi-délit, et qui en poursuit la réparation, ne peut demander aux tribunaux que le montant de l'indemnité qui lui sera allouée soit appliqué à une œuvre quelconque. L'article 51, C. p., leur défend de prononcer une application de ce genre, même du consentement de la partie. Les usages contraires de notre ancienne jurisprudence sont aujourd'hui abrogés.

34. L'obligation imposée par les articles 1382 et 1383 de réparer le dommage causé par un délit ou un quasi-délit, incombe solidairement à tous ceux qui l'ont commis comme auteurs principaux, ou qui y ont participé comme complices. S'agit-il de crimes, de délits ou de contraventions d'après la loi pénale; nous avons examiné cette question de solidarité sous l'article 1202 (1). Nous l'y avons également traitée en ce qui concerne les simples délits civils et quasi-délits (2). Peu importe donc que le fait ne soit l'objet d'aucune incrimination de la part de la loi pénale. Il suffit que plusieurs y aient simultanément concouru, par suite d'un concert formé entre eux ou d'une coopération commune, pour que chacun d'eux doive être considéré comme étant personnellement la cause du dommage, et tenu en conséquence de sa réparation pour le tout, c'est-à-dire solidairement avec les autres.

Mais nous rappellerons que les tribunaux peuvent, eu égard aux circonstances et à la participation de chacun, établir une répartition inégale entre eux du montant de l'indemnité allouée (3).

35. Quand nous parlons ici de complicité, de participation, de coopération, nous n'entendons point en restreindre les éléments constitutifs à ceux qui sont spécialement déterminés par l'article 60 du Code pénal. Il ne s'agit point, en effet, des délits de droit criminel, mais seulement des délits de droit

(1) 1202, nos 17 et suiv.
(2) 1202, no 22. — SOURDAT, nos 473 et suiv., et 704 et suiv.
(3) 1202, no 21.

civil. Conséquemment, il ne saurait non plus être question de la complicité pénale, dont les éléments essentiels se résument dans cette double condition, la spécialité du fait et sa connaissance de la part du complice prétendu. La complicité dont nous nous occupons doit donc s'entendre d'une simple complicité civile, si nous pouvons ainsi la nommer, c'est-à-dire d'une coopération, d'une participation, d'un concours à l'acte qui constitue le délit ou quasi-délit, soit qu'il y ait eu ou non concert formé ou égale connaissance de la part de ceux auxquels il est imputé, et sans qu'il soit possible de déterminer la part pour laquelle chacun d'eux a concouru, par son fait, à la perpétration du délit ou quasi-délit, ou au développement de ses conséquences dommageables. C'est même à cette indivision, ou plutôt à cette indivisibilité d'imputation, qu'est attachée la solidarité.

36. Quant au droit qui appartient à la partie lésée, de poursuivre la réparation du dommage qui lui a été causé, l'action qui en résulte existe également en sa faveur, soit que le délit ou quasi-délit lui ait fait éprouver un dommage matériel ou un tort moral, d'une manière directe ou indirecte. Mais elle doit, dans tous les cas, commencer par établir que ce dommage existe, et qu'il existe par la faute de l'auteur du fait.

Lorsqu'elle a été directement et individuellement atteinte dans sa fortune, sa personne, sa considération et son honneur, la réalité du préjudice est plus manifestement sensible et plus aisément appréciable. Mais il n'en est pas moins vrai qu'elle peut être indirectement lésée dans les biens, dans la personne d'un tiers, et éprouver le contre-coup des atteintes portées aux droits de ce dernier. Il suffit alors que le délit ou quasi-délit ait été la cause d'un dommage quelconque à son égard, sans qu'elle s'y soit elle-même volontairement et imprudemment exposée, pour qu'elle ait une action personnelle en réparation.

Une compagnie d'assurance contre l'incendie qui a été obligée d'indemniser le propriétaire assuré, a le droit de

poursuivre en dommages et intérêts l'auteur du sinistre et les personnes civilement responsables de son fait. Ce n'est pas que son action se fonde sur aucune subrogation légale ou conventionnelle aux droits de l'assuré. Elle est uniquement basée sur l'article 1382, qui oblige toute personne à réparer le dommage qu'elle a causé par sa faute, Or, il est incontestable que l'auteur de l'incendie a causé préjudice à l'assureur, puisqu'il l'a mis dans l'obligation de payer l'indemnité du sinistre (1).

Le mari, les parents ont le droit de demander des dommages et intérêts, à raison des injures et diffamations adressées à sa femme ou à leurs enfants (2), même en leur nom personnel.

La femme et les enfants peuvent de même agir pour les injures et outrages adressés à la mémoire de son mari ou de leurs auteurs. Cette solidarité de la famille qui en identifie les divers membres, fait sentir indirectement à tous le coup dirigé contre l'un deux. Il faudrait se placer dans un isolement absolu d'insensibilité pour ne pas le comprendre.

Un père est victime d'un homicide; les enfants pourront demander des dommages et intérêts, alors même que, par son âge ou ses infirmités, son existence était devenue pour eux une charge (3). Réparation leur est due, dans tous les cas, à raison du tort moral qui leur est fait dans leurs affections légitimes; et, s'ils ne peuvent toujours invoquer l'existence d'un dommage matériel, il suffit qu'ils plaident ce que la loi romaine appelle la cause de la douleur, *causam agunt doloris*.

Aussi, peuvent-ils, en leur seule qualité d'enfants, et sans prendre ou avoir celle d'héritiers, poursuivre la réparation du dommage causé par la mort de leur père (4). Vainement on objecterait que si l'on considère les droits prétendus des intéressés, on sera entraîné fort loin; qu'ainsi, on sera amené à

(1) Cass., 22 déc. 1852. SIREY, 53, 1, 109.

(2) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 191. — MANGIN, *Act. publ.*, T. 1, n° 121. — *Contrà*, CHASSAN, T. 2, pag. 62.

(3) ZACHARIÆ, *ibid.*

(4) Bordeaux, 5 avril 1852. SIREY, 52, 2, 121.

admettre l'action de tout tiers qui se prétendra lésé par la mort ou les blessures d'un autre qui même ne se plaint pas, ou dont les héritiers ne se plaignent pas. Il suffit de répondre que, la réparation n'étant due que pour le dommage qui est la suite directe et immédiate du fait, ce principe suffit pour limiter la classe des intéressés, et pour garantir contre toute extension arbitraire de leur catégorie.

Réciproquement, le père peut agir en dommages et intérêts à cause de la mort de son enfant, quand même celui-ci n'aurait été capable d'aucune assistance utile envers ses parents.

37. Mais ces diverses questions se rattachent elles-mêmes aux principes généraux du droit concernant les conditions indispensables pour être admis à exercer personnellement une action en dommages et intérêts, à raison d'un délit ou d'un quasi-délit.

Pour être admis à rendre plainte, portait l'article 94 du Code du 3 brumaire an IV, il faut avoir à la fois un intérêt direct et un droit formé de constater le délit, lorsqu'il existe, et d'en poursuivre la réparation contre le délinquant. Cette disposition n'est faite, il est vrai, que pour les délits de droit pénal; mais comme elle concerne l'action civile en réparation qui naît en faveur de la partie lésée, elle consacre un principe également applicable à l'action en dommages et intérêts résultant d'un simple délit ou quasi-délit de droit civil. Elle détermine, en effet, le sens de cette maxime générale, que l'intérêt est la mesure des actions.

Or, quel doit être le caractère de cet intérêt? Il doit être direct; c'est-à-dire qu'il ne suffit pas d'avoir un intérêt éloigné et indirect. Cet intérêt se précise d'ailleurs lui-même par la nature du droit auquel il se rattache. Il faut avoir un droit formé; c'est-à-dire que le préjudice duquel naît l'intérêt direct doit être réel, actuel, de telle sorte que, dès ce moment, les effets en soient ressentis. Il ne suffirait donc pas que le fait pût être un jour nuisible et préjudiciable, dans l'avenir, dans

une éventualité quelconque, si, dès à présent, le dommage n'est senti et réalisé (1).

Mais cet intérêt direct, ce droit formé ne signifient pas que le délit ou le quasi-délit doit avoir lésé d'une manière directe celui qui en a souffert. L'intérêt peut être direct, quoique le dommage soit indirectement éprouvé. Ils n'expriment pas non plus un dommage exclusivement matériel; car cet intérêt direct peut naître aussi d'un dommage moral. Ils ne veulent pas dire enfin que le dommage éprouvé doit être, d'ores et déjà, matériellement constaté; il suffit qu'il soit légalement appréciable, quelque difficulté qu'il y ait à en faire une appréciation individuelle.

L'action civile résultant d'un délit ou d'un quasi-délit, doit donc, pour être recevable, se fonder sur une cause juridique; et par là, nous entendons l'intérêt personnel, direct, appréciable et actuel, de la partie lésée à obtenir une réparation. Cet intérêt, doit être personnel, parce qu'il doit résulter du dommage individuellement souffert, et qu'il n'y a pas de dommage légalement éprouvé, s'il l'a été par des tiers étrangers, alors même que la partie qui se prétend lésée en a souffert elle-même dans ses intérêts et ses sentiments généraux d'humanité.

Il doit être direct; car s'il n'existait que par voie d'induction, ce serait une preuve que le prétendu dommage est équivoque et douteux dans son existence même.

Il doit être appréciable, c'est-à-dire susceptible d'une évaluation pécuniaire, ou de tout autre mode de réparation légitime. Ce n'est pas, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, que certains torts moraux, résultant de la douleur, du regret, des affections froissées, puissent recevoir une évaluation exacte. Cependant, l'intérêt de la partie lésée à obtenir une réparation n'en existe pas moins. Seulement, les juges évaluent en pareil cas le préjudice en vue des autres circonstances matérielles

(1) Legraverend, t. 1, pag. 195, 201.—Merlin, Quest., v[is], *Question d'État*, § 1. — Mangin, *Act. publ.*, t. 1, pag. 252.

qui donnent une base plus certaine et plus fixe à leur appréciation, telles que la privation pour la famille de l'assistance et de l'appui d'un père, d'un fils, d'une mère, d'une épouse.

L'intérêt doit enfin être actuel. Nulle action ne saurait en effet s'exercer en vertu d'un intérêt éventuel, hypothétique, alors du moins que cette action a pour objet la réparation immédiate d'un prétendu dommage causé. Mais quand nous disons, intérêt actuel, nous ne disons pas, dommage actuellement éprouvé. Il suffit que le fait duquel dépend éventuellement le dommage soit consommé, pour que les tiers qui en sont menacés soient recevables à en poursuivre la réparation. La perpétration du fait est alors par elle-même une atteinte portée à leurs droits. Tel doit même être son caractère, pour que leur action soit recevable. Mais, dans ce cas, la réparation qui sera ordonnée, devra le plus souvent consister dans la suppression ou modification de l'acte incriminé, soit dans certaines prestations ou la confection de certaines œuvres, soit enfin dans certaines mesures conservatoires jointes à la constatation du droit de la partie lésée.

38. Ces principes ont été maintes fois consacrés par la jurisprudence. C'est ainsi qu'elle a reconnu le droit d'agir aux médecins contre les charlatans; aux sages-femmes contre les accoucheuses sans diplôme; aux pharmaciens contre les herboristes vendant sans droit certains médicaments (1); aux avoués contre ceux qui exercent la postulation; aux notaires contre ceux de leurs confrères qui n'observent pas la loi de la résidence, ou font de toute autre manière une concurrence illicite (2); à la compagnie des courtiers de commerce, représentés par les syndics, contre ceux qui se livrent sans droit ni qualité à des opérations de courtage clandestin (3); aux notai-

(1). Cass., 1er sept. 1832. SIREY, 32, 1, 569. — 15 juin 1833, chambres réunies. SIREY, 33, 1, 458.

(2) Cass., 15 juill. 1840. SIREY, 40, 1, 595. — 11 janv. 1841. SIREY, 41, 1, 19.

(3) Cass., 11 sept. 1847. SIREY, 47, 1, 879.

res, aux avoués, aux huissiers, aux greffiers, aux commissaires-priseurs, les uns contre les autres, à l'occasion de leurs attributions respectives et de l'exercice de leurs fonctions, soit que l'action ait été intentée par un seul ou par plusieurs, dans un intérêt individuel ou commun, ou par le corps entier des officiers publics régulièrement représenté, dans un intérêt collectif; soit qu'elle ait pour objet, dans un intérêt matériel ou moral, de ramener à ses conditions légales d'existence l'exercice de certaines fonctions ou professions, de faire cesser une concurrence illicite et nuisible, ou de conserver intacts l'honneur et la dignité des fonctions ou professions dont il s'agit.

39. On voit combien est étendue la signification de ces mots, dommage causé. Ils comprennent toute atteinte illégitime aux droits de la personne; et c'est cette atteinte même qui fonde l'intérêt et la cause juridique de l'action.

Toute partie lésée dans ses droits peut donc agir en dommages et intérêts contre ceux qui, par plagiat, contrefaçon, usurpation d'enseigne, de marque de fabrique, de dessin, de titre, tel que celui de vétérinaire (1), de médecin, d'avocat, ont porté atteinte à sa propriété littéraire, artistique, commerciale, industrielle et même professionnelle, lorsque cette dernière est soumise, dans son acquisition et dans son exercice, à certaines conditions particulières, comme étant une garantie par laquelle l'autorité publique recommande celui qui l'exerce à la confiance des citoyens.

40. Un sieur Viennot se porte organisateur d'une loterie créée dans un but de bienfaisance. Le tirage a lieu, et plusieurs porteurs de numéros gagnants le traduisent en police correctionnelle, pour abus de mandat, en articulant dans la citation introductive d'instance que les lots avaient été composés, en fraude, de valeurs moindres que celles promises par le prospectus, dans le but d'opérer des détournements à son profit. Il était bien difficile de contester que les plaignants eus-

(1). Cass., 1er juill. 1851. Sirey, 51, 1, 584.

sent un intérêt direct, personnel, appréciable et actuel. Aussi leur action fut-elle déclarée recevable (1).

Dans l'espèce, il s'agissait de porteurs de numéros gagnants. Faudrait-il donc décider qu'eux seuls avaient qualité pour agir et que les autres n'auraient pas été recevables à poursuivre, en abus de mandat, l'organisateur de la loterie, pour avoir détourné et dissipé une partie des sommes provenant de l'opération, et pour ne pas les avoir versées, conformément à l'arrêté qui avait autorisé cette loterie, dans les caisses des bureaux de bienfaisance spécialement indiqués pour les recevoir? Nous ne le pensons point. Dans ce cas, il est vrai, les plaignants ne peuvent pas articuler, comme les porteurs de numéros gagnants, qu'un préjudice leur a été individuellement causé par la composition frauduleuse des lots, puisque le sort ne leur en a attribué aucun. Comme ils poursuivent alors pour un dommage causé, non à eux-mêmes personnellement, mais à des tiers indiqués, quoique individuellement inconnus, leur intérêt semble moins personnel, moins direct, moins appréciable. Cependant, il ne faut point réduire l'intérêt qu'ils peuvent avoir à la répression de l'abus de mandat, à un simple intérêt juridiquement inappréciable de sympathique pitié pour des malheureux, pour les victimes d'un grand désastre, et de publique charité envers d'immenses infortunes.

En stipulant pour eux-mêmes la délivrance de lots, en cas de chances heureuses, les souscripteurs de la loterie stipulent en même temps en faveur de tiers étrangers, et ils font ainsi une stipulation valable, et pour eux et pour ceux au profit desquels ils la font. Les motifs de charité, d'humanité, qui les ont portés à la faire, s'ils ne la rendent pas plus obligatoire, la rendent plus respectable et plus sacrée. Or, ce qui fonde l'intérêt de chaque preneur de billets à agir par action civile, ce n'est pas le motif qui l'a porté à souscrire, mais bien la cause même de sa souscription, c'est-à-dire la somme qu'il a versée ou promise en échange des promesses qui lui étaient

(1) Cass., 24 sept. 1846. SIREY, 46, 1, 657.

faites. Voilà la véritable cause de son intérêt, la base juridique de son action ; et à cette cause personnelle vient se joindre la cause de chacun des autres souscripteurs. Car il y a un contrat unique où tous sont costipulants, créanciers solidaires, alors même qu'ils donnent des souscriptions séparées, parce que chacun, en stipulant, stipule l'exécution intégrale, *in solidum*, des promesses faites. Il importe peu dès lors que, en dehors de sa qualité de stipulant ordinaire, il n'ait personnellement éprouvé aucun autre dommage. Dès lors aussi, il n'y a pas à distinguer entre ceux qui ont eu des numéros gagnants et ceux qui n'en ont pas eu.

Nous appliquons les mêmes principes au cas où le collecteur d'une souscription faite pour des œuvres de charité ou de bienfaisance, pour achat de mobilier destiné à l'exercice d'un culte, aurait détourné et dissipé à son profit le produit de la souscription. Chacun des souscripteurs a qualité et intérêt pour poursuivre l'abus de mandat, alors même que ceux à qui le bénéfice de l'œuvre était spécialement destiné se taisent et ne se plaignent pas.

Si, après le tirage de la loterie, le droit d'agir appartient, suivant nous, indistinctement à tous les preneurs de billets, à plus forte raison leur appartient-il avant le tirage, à moins que, à ce moment, il n'appartienne à personne. Tous sont, en effet, également intéressés à ce qu'il ne soit commis aucune fraude dans la composition des lots sur lesquels ils ont des espérances égales, ni dans l'exécution des autres promesses, qui sont aussi la cause de leur souscription. Comme leur qualité de souscripteurs leur a ouvert des droits éventuels, subordonnés au tirage de la loterie, sur chacun des lots promis, ils ont un intérêt actuel, un droit formé à poursuivre une fraude qui pourrait leur causer un dommage irréparable. Dans l'état et à défaut d'autre préjudice actuel, ils ne pourront obtenir qu'une réparation collective, en ce sens que les juges devront ordonner une plus juste composition des lots, si elle est possible, sinon la restitution des souscriptions reçues, moins à titre de résolution de contrat que comme dommages et intérêts.

41. Pour être hypothétique et éventuel, soit dans son existence ou dans sa quotité, suivant la théorie des hasards et le calcul des probabilités, le dommage ne laisse pas d'être réel juridiquement, et de fonder un intérêt direct et légalement appréciable. C'est ce qui arrive lorsque dans le tirage d'une loterie un billet est omis par erreur, ou substitué par double emploi à un autre. Quelque incertaines que soient les chances de la fortune, et à cause de leur incertitude même, un véritable dommage a été causé à celui dont le billet ou le numéro n'a pas concouru au tirage. Ce préjudice s'exprime par la privation des chances heureuses, et la déception d'une espérance également fondée. La seule difficulté consiste alors dans la détermination de l'indemnité, qui doit être calculée proportionnellement aux risques. Mais les juges ne sont point tenus de s'assujettir, dans leur évaluation, aux calculs rigoureux des probabilités, et de prendre pour experts des mathématiciens et des algébristes (1).

42. Les principes concernant la cause juridique, la base légale de l'action en dommages et intérêts, sont les mêmes, soit qu'il s'agisse d'un délit de droit pénal, ou d'un délit de droit civil, ou bien enfin d'un simple quasi-délit. Toutefois, lorsque le fait est l'objet d'une incrimination particulière de la part de la loi pénale, cette circonstance exerce une influence considérable sur l'action qui appartient à la partie lésée.

En effet, tout délit de droit pénal, crime, délit ou contravention, donne lieu à une double action, l'une publique, qui a pour objet l'application de la peine édictée par la loi, l'autre civile, qui a pour objet la réparation du préjudice causé.

L'action pour l'application de la peine n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. L'action en réparation d'un dommage causé par un crime, par un délit ou par une contravention, peut être exercée par tous ceux qui ont souffert de ce dommage (art. 1, C. inst. crim.).

(1) Voy. Trib. de la Seine, 30 mars 1853. SIREY, 53, 2, 209.

L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique (art. 3, C. inst. crim.).

On peut se porter partie civile, soit par déclaration dans la plainte ou dans un acte subséquent, soit par citation directe, soit par intervention dans la poursuite ou aux débats (art. 63, 66, 67, C. inst. crim.).

Le tribunal de police simple ou de police correctionnelle est également saisi par la plainte ou citation de la partie civile (art. 145, 182, C. inst. crim.).

C'est au Code d'instruction criminelle qu'il appartient de régler la procédure à suivre pour l'exercice de l'action civile devant les tribunaux de répression.

43. Lorsque la partie civile réclame des dommages et intérêts devant une juridiction pénale contre une personne civilement incapable, telle qu'un mineur, une femme mariée, soit qu'elle agisse par voie de citation directe ou d'intervention, elle n'a pas besoin de mettre en cause le tuteur ni le mari pour représenter ou assister l'inculpé, le prévenu ou l'accusé. Malgré son incapacité civile, il est personnellement apte à répondre seul à l'action civile ainsi jointe à l'action publique (1).

44. On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public (2046). De même, la renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique (art. 4, C. inst. crim.).

45. L'action civile peut aussi être poursuivie séparément. Dans ce cas, l'exercice en est suspendu, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile (art. 3, C. inst. crim.).

Lorsqu'elle est ainsi poursuivie séparément, elle doit être portée devant la juridiction civile compétente, et instruite et

(1) 1310, n° 9.

jugée suivant les règles établies par le Code de procédure civile.

Cette séparation de l'action publique et de l'action civile, quant à leur exercice, est un principe fondamental qui ne saurait souffrir d'autres exceptions que celles qui seraient formellement et expressément posées par la loi. La règle est que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (1382). Quelque soit donc le délit commis, quelque soit le caractère particulier de l'incrimination pénale dont il fait le sujet, il suffit qu'il ait occasionné un dommage envers autrui, pour que la partie lésée puisse intenter contre l'auteur de l'infraction une action civile en réparation du préjudice causé, devant la juridiction civile, séparément et indépendamment de l'action publique.

Cependant, le gouvernement provisoire de 1848 introduisit une exception à cette règle générale, en faveur de la liberté de la presse. La jurisprudence avait décidé par de nombreux arrêts (1) que le fonctionnaire public, diffamé par quelque voie de publication, pouvait, au lieu de saisir la juridiction répressive, agir en dommages et intérêts devant les tribunaux civils. Cette jurisprudence avait été l'objet de très vives critiques. Un décret du 22 mars 1848, considérant entre autres choses que le débat entre le fonctionnaire et le citoyen touche nécessairement à des intérêts publics, et ne peut dès lors être jugé que par le jury, prononça (art. 1) l'incompétence absolue des tribunaux civils pour connaître des diffamations, injures et autres attaques dirigées par la voie de la presse, ou par tout autre moyen de publication, contre les fonctionnaires ou contre tout citoyen revêtu d'un caractère public, à raison de leurs

(1) Limoges, 28 nov. 1841. — Douai, 7 janvier 1842. — Bourges, 14 mai 1842. — Sirey, 42, 2, 241. — Cass., 21 fév. 1843, rejet du pourvoi contre l'arrêt précité de Limoges. — 29 janv. 1840. Sirey, 40, 1, 369. — 4 août 1841. Sirey, 41, 1, 787. — 20 mai 1846. Sirey, 46, 1, 353. — 23 juin 1846. Sirey, 46, 1, 513. — 6 mai 1847. Sirey, 47, 1, 321. — 23 nov. 1847. Sirey, 48, 1, 163.

fonctions ou de leur qualité. L'article 2 du même décret était ainsi conçu : « L'action civile résultant des délits commis par la voie de la presse ou par toute autre voie de publication contre les fonctionnaires ou contre tout citoyen revêtu d'un caractère public, ne pourra, dans aucun cas, être poursuivi séparément de l'action publique. Elle s'éteindra de plein droit par le seul fait de l'extinction de l'action publique. »

Ces dispositions ont été virtuellement abrogées par le décret du 17 février 1852 qui soumet les délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication à la connaissance des tribunaux correctionnels (art. 25), et dispose que les poursuites auront lieu dans les formes et délais prescrits par le Code d'instruction criminelle (art. 27). L'action civile résultant de délits de cette nature peut donc, d'après ce décret, être intentée séparément de l'action publique, comme dans le cas de toute autre infraction pénale, et conformément aux principes généraux du droit.

46. L'action en réparation d'un délit ou d'un quasi-délit peut être également exercée par les héritiers et successeurs universels de la personne qui a été lésée.

Mais peut-elle l'être par ses créanciers, malgré elle, en son lieu et place, d'après l'article 1166 du Code Napoléon? Il faut distinguer : S'agit-il d'un délit ou d'un quasi-délit qui ait causé directement un préjudice à la partie lésée dans sa propriété, dans ses biens ; ses créanciers peuvent, en son lieu et place, agir en dommages et intérêts (1).

S'agit-il, au contraire, d'un délit ou d'un quasi-délit commis contre la personne ; l'action en dommages et intérêts qui en résulte ne peut être exercée par les créanciers de la partie lésée. Le préjudice causé n'affectant que la personne et seulement par rapport à des droits qui ne peuvent être pris ni considérés par les tiers comme gage de leurs créances, il s'en-

(1) Zachariæ, t. 2, pag. 338. — Duranton, t. 10, n° 558.

suit que l'action est personnelle et que la partie offensée a seule le droit de l'intenter (1).

Mais il nous semble qu'elle peut parfaitement en faire l'objet d'une cession, soit que le dommage causé concerne sa personne ou ses biens. Sous notre ancienne jurisprudence, ces cessions de droits en matière criminelle étaient vues avec défaveur (2). Cependant nous n'y voyons rien d'illicite, et nous ne savons sur quel principe de droit on prétendrait se fonder pour en établir l'illégalité. Le cessionnaire subrogé aux droits de la partie lésée peut donc agir en dommages et intérêts en son lieu et place; et, si l'on faisait quelque difficulté à l'admettre comme agissant en son nom propre et personnel, il trouverait au besoin dans sa qualité même de cessionnaire le droit d'agir comme mandataire de son cédant (3).

Mais les tribunaux ne devraient point lui allouer, à titre de dommages et intérêts, une indemnité supérieure au prix de la cession. Car, d'une part, le cédant, partie lésée, n'a pas évalué plus haut son préjudice, et, d'autre part, l'allocation d'une somme plus forte tendrait à favoriser de coupables spéculations (4). Le débiteur cédé pourrait enfin user, d'après l'article 1699, du bénéfice de retrait.

47. L'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu. L'action civile pour la réparation du dommage peut être exercée contre le prévenu et contre ses représentants (2, C. inst. crim.).

48. L'une et l'autre action s'éteignent enfin par la prescription. Mais, quelle est la durée de cette prescription, en ce qui

(1) DURANTON, T. 10, n° 557. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 337. — DELVINCOURT, T. 2, pag. 522, n^te 7. — SOURDAT, n° 73.

(2) MUYART DE VOUGLANS, Lois criminelles, P. 2, liv. 1, tit. 3, n° 7, pag. 591.

(3) MANGIN, *Act. publ.*, n° 128. — SOURDAT, n° 74. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 335, n^te 12. — FAUSTIN HÉLIE, *Inst. crim.*, T. 2, pag. 465.

(4) MANGIN, *ibid.*

concerne l'action en dommages et intérêts? Cette question ne peut être résolue qu'à l'aide de plusieurs distinctions.

S'agit-il d'un simple délit ou quasi-délit de droit civil, d'un fait qui n'est point incriminé par la loi pénale; l'action en dommages et intérêts qui en résulte ne se prescrit que par le laps de temps ordinaire, c'est-à-dire par trente ans, conformément aux principes du droit commun auquel il n'est apporté aucune dérogation.

Au contraire, le fait est-il incriminé par la loi pénale; l'action civile et l'action publique s'éteignent l'une et l'autre par la même prescription (3, C. inst. crim.). Si elles résultent d'un crime ou d'un délit, elles se prescrivent après dix ou trois années révolues, à compter du jour où le crime ou le délit a été commis, si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ni de poursuite. S'il a été fait dans cet intervalle des actes d'instruction ou de poursuite non suivis de jugement, l'action publique et l'action civile ne se prescriront qu'après dix ou trois années révolues, à compter du dernier acte, à l'égard même des personnes qui ne seraient pas impliquées dans ces actes d'instruction ou de poursuite (637 et 638, C. inst. crim.).

L'action publique et l'action civile pour une contravention de police seront prescrites après une année révolue, à compter du jour où elle aura été commise, même lorsqu'il y aura eu procès-verbal, saisie, instruction ou poursuite, si, dans cet intervalle, il n'est point intervenu de condamnation; s'il y a eu jugement définitif de première instance de nature à être attaqué par la voie de l'appel, l'action publique et l'action civile se prescriront après une année révolue, à compter de la notification de l'appel qui en aura été interjeté (640, C. inst. crim.).

La même règle est applicable aux crimes, délits et contraventions d'une nature spéciale prévus par des lois particulières. L'action civile qui en résulte est soumise à la même prescription que l'action publique, alors même que la durée de cette dernière est abrégée, à moins qu'une disposition expresse ne lui ait assigné une prescription d'une durée différente. Ainsi,

en matière de délits de presse ou de publication, l'action publique se prescrit par six mois, tandis que l'action civile ne se prescrit que par trois années (1).

Il importe peu, d'ailleurs, que l'action civile soit exercée séparément. Elle n'en reste pas moins soumise, d'après la règle générale que la loi a posée, à la même prescription que l'action publique (2). Les considérations d'intérêt et d'ordre publics sur lesquelles se fonde le principe de la prescription, sont en effet indépendantes du caractère civil ou criminel de la juridiction saisie de la connaissance du fait.

Dans le cas où il serait intervenu devant la juridiction criminelle un jugement de condamnation, s'il n'a été en même temps statué sur l'action civile, cette dernière action reste toujours soumise à la prescription qui lui est propre, sans qu'on puisse prétendre que la condamnation intervenue ait prorogé sa durée, à partir de la date du jugement, dans les termes de la prescription civile ordinaire (3). Si l'article 642, C. instr. crim, dispose que les condamnations civiles portées par les arrêts ou par les jugements rendus en matière criminelle, correctionnelle ou de police et devenues irrévocables, se prescrivent d'après les règles établies par le Code Napoléon, c'est-à-dire par le laps de trente ans, ce n'est que lorsque l'action civile a été suivie d'un jugement ou arrêt portant condamnation à des dommages et intérêts. Dans ce cas, en effet, à la différence de l'hypothèse contraire, le débat sur l'action civile est épuisé, et il ne reste qu'à poursuivre l'exécution du jugement ou arrêt intervenu.

Lorsque les faits ont été d'abord l'objet d'une poursuite cri-

(1) Loi du 26 mai 1819, art. 29.

(2) MERLIN, Rép., v° *Prescription*, sect. 3, § 4, n° 5. — MANGIN, *Act. publ.*, n° 363. — DURANTON, T. 21, n° 102. — FAUSTIN HÉLIE, *Inst. crim.*, T. 3, pag. 792. — SOURDAT, n° 378. — Cass., 29 avril 1846. SIREY, 46, 1, 413. — Bordeaux, 31 juill. 1848. SIREY, 49, 2, 81. — 21 nov, 1854. SIREY, 54, 1, 725. — *Contrà*, Riom, 28 juin 1841. SIREY, 41, 2, 587.

(3) Cass., 3 août 1841. SIREY, 41, 1, 753. — 6 mars 1855. SIREY, 55, 1, 333.

minelle dans laquelle ils ont été simplement qualifiés délits, le juge civil saisi de l'action en réparation du dommage peut, nonobstant cette qualification, décider qu'ils constituent un crime, si effectivement ils en réunissent les caractères, et déclarer, en conséquence, que la prescription de dix ans, et non celle de trois ans, est seule applicable. Comme le débat sur l'action civile reste entier devant lui, il ne fait qu'user du droit propre à toute juridiction, en déterminant la qualification légale des faits qui fondent l'action portée devant lui (1).

49. Cependant, dans le cas même où le fait qui donne lieu à l'action en dommages et intérêts est incriminé par la loi pénale, comme constituant un crime, un délit ou une contravention, cette action n'est pas toujours indistictement soumise à la même prescription que l'action publique. Elle ne sera elle-même éteinte que par la prescription ordinaire, lorsque, indépendamment du fait sur lequel se fonde son exercice, elle a sa cause et son titre dans quelque droit antérieur et préexistant au délit, appartenant à la partie lésée.

S'agit-il, par exemple d'un abus de confiance ; le propriétaire a une action en restitution, ou en dommages et intérêts, laquelle se fondant sur le contrat antérieur de louage, de dépôt ou de mandat, existe indépendamment de celle qui résulte du délit, et survit conséquemment à l'action publique et à l'action civile qui ne seraient basées que sur ce seul fait (2).

Ainsi, vous commettez à mon préjudice la soustraction d'un billet à ordre ou d'une lettre de change, et vous en touchez le montant en vertu de mon endos en blanc, qui vous présente aux tiers comme étant mon mandataire. Bien que plus de trois ans se soient écoulés depuis le délit et que l'action publique se trouve prescrite ; bien que sur ma plainte il soit intervenu une ordonnance de non lieu, je pourrai encore agir devant les tribunaux civils à fin de restitution des sommes détournées,

(1) Cass., 28 fév. 1855. Sirey, 55, 1, 330.

(2) Zachariæ, t. 3, pag. 193. — Duranton, t. 13, n° 707, et t. 21, n° 102. — Sourdat, n° 376.

soustraites ou dissipées. Mon action naît, en effet, d'un fait purement civil, distinct du délit, quoiqu'il ait une origine commune, mais sans se rattacher cependant aux mêmes causes (1).

Ainsi encore, c'est un locataire qui incendie la maison qu'il occupe. Le propriétaire aura contre lui une action en réparation fondée sur le contrat de louage ; et cette action, indépendante de celle qui naît précisément du délit, n'est point prescriptible d'après les règles du droit criminel, mais seulement d'après celles du droit civil (2).

Dans tous ces cas et autres semblables, le délinquant est bien affranchi par le bénéfice de la prescription des conséquences de son délit, en tant qu'il est considéré comme constituant une infraction pénale ; mais en tant qu'il est envisagé comme établissant une contravention à des engagements antérieurement contractés, il donne lieu à une action indépendante de toute action publique ou civile proprement dite. Cette action, se fondant uniquement sur l'inexécution d'engagements préexistants au délit, reste soumise à la prescription civile ordinaire.

50. Tels sont aussi les caractères et les effets de toute action en revendication d'une chose escroquée, frauduleusement soustraite ou extorquée. Même après la prescription de l'action publique, le propriétaire peut, en cette qualité, demander la restitution de sa chose contre celui qui s'en est frauduleusement emparé. Il ne fait que revendiquer sa chose en vertu de son droit de propriété, sans qu'il soit obligé et même recevable à donner au fait de détournement dont il se plaint la qualification pénale d'escroquerie, de vol ou d'extorsion. Il lui suffit d'établir, d'une part, qu'il est propriétaire, et, de l'autre, que le défendeur est un possesseur illégitime (3).

(1) Cass., 16 avril 1845. SIREY, 45, 1, 494.

(2) DURANTON, *ibid.*

(3) DURANTON, *ibid.* — TROPLONG, *Prescript.*, n° 1019. — MARCADÉ, art. 2279.

Cependant, les annotateurs de M. Zachariæ (1) lui refusent toute action. Que l'action de vol soit inadmissible, d'accord; mais pourquoi celle en revendication lui serait-elle déniée? C'est, disent-ils, parce que, aux termes de l'article 2279, elle se trouve éteinte, et que la preuve d'un simple quasi-délit serait non relevante, comme ne pouvant détruire la présomption de propriété qui milite en faveur du possesseur.

Cette opinion repose ainsi sur la supposition que les dispositions de l'article 2279 peuvent être invoquées par tout détenteur, même frauduleux et de mauvaise foi, d'une chose mobilière. Or, une pareille interprétation de cet article est inadmissible. Il ne veut dire qu'une chose; c'est d'abord que par rapport aux tiers de bonne foi et à l'égard du vrai propriétaire, en fait de meubles la possession vaut titre, pour les protéger contre toute action en revendication; et ensuite que le véritable propriétaire a trois ans pour revendiquer la chose qui lui a été volée contre le possesseur même de bonne foi, autre que le voleur, dans les mains duquel il la trouve. Le voleur, outre qu'il est possesseur de mauvaise foi, est, en effet, lié envers le propriétaire par son délit, et il ne saurait dès lors invoquer l'article 2279 pour se défendre contre une action en revendication avec dommages et intérêts, laquelle dure trente ans, comme toute action civile ordinaire.

Les mêmes principes doivent être appliqués au cas où le syndic demande le rapport à la faillite des sommes ou valeurs qu'un créancier a reçues, en contravention aux dispositions de l'article 597, C. comm. Bien que cette infraction constitue un délit, néanmoins, comme l'action en rapport se fonde moins sur le caractère délictueux de l'acte que sur le fait d'indû payement et l'obligation civile de restitution, ce n'est pas la prescription de trois ans qui lui est applicable, mais seulement la prescription ordinaire, selon les règles de droit civil (2).

51. Quant aux délits de toute autre nature qui, faisant le

(1) T. 3, pag. 193, n[te] 11. — SOURDAT, n° 380.
(2) Cass., 28 août 1855. SIREY, 56, 1, 37.

sujet d'une incrimination pénale, sont commis contre les biens, tels que destructions, dégradations, dommages, entraves à la liberté des enchères (1), lesquels ne sont que de simples attentats non permanents envers la propriété, sans constituer aucun acte de contravention ou d'inexécution d'un engagement antérieur, et sans donner lieu non plus, de la part du propriétaire lésé, à aucune action en revendication ou en répétition, l'action civile qui en résulte, n'ayant d'autre cause que le fait même constitutif d'un délit, s'éteint par la même prescription que l'action publique.

La partie demanderesse chercherait même vainement à éluder ce mode d'extinction, et à abriter son droit sous la prescription civile ordinaire, en présentant le fait comme n'établissant qu'un quasi-délit de droit civil, de la compétence exclusive des tribunaux civils. Les juges devraient déclarer son action prescrite et éteinte, du moment qu'il serait établi que le fait constitue un véritable délit de droit pénal (2), pourvu toutefois que le défendeur eût opposé lui-même la prescription. Car, s'ils ont le droit de suppléer d'office ce moyen, ce n'est qu'en matière pénale et en cas de poursuite tendant à l'application d'une peine.

Cependant, lorsque le fait constitue d'une manière permanente une atteinte au droit de propriété et qu'il est de nature à servir de principe à une usurpation définitive, comme une entreprise sur un cours d'eau (3), sur un bâtiment, une haie, un fossé, ou tout autre objet susceptible d'appropriation, à titre de propriété ou de servitude, il en résulte une action civile en réparation qui n'est soumise qu'à la prescription ordinaire, alors même que le fait qui y donne lieu, considéré sous d'autres rapports, constitue un délit susceptible d'une incrimination pénale. Le propriétaire lésé dans ses droits pourra donc encore agir, quand bien même il aurait commencé par

(1) Bourges, 26 mars 1855. Sirey, 55, 2, 305.
(2) Sourdat, n° 379.
(3) Cass., 9 mai 1843. Sirey, 43, 1, 769.

exercer devant la juridiction répressive une action qui y aurait été déclarée prescrite. Il ne s'agit plus, en effet, que d'une action soit en dommages et intérêts, soit en destruction des travaux, soit en cessation de trouble, laquelle n'est prescriptible que par trente ans, quelque soit d'ailleurs le mode de réparation civile demandé.

52. L'action en réparation du dommage causé par un délit ou quasi-délit jouit d'une garantie spéciale dont nous devons dire quelques mots. Il s'agit de la contrainte par corps.

Lorsque le fait est incriminé par la loi pénale, l'exécution des condamnations aux dommages et intérêts et aux frais peut être poursuivie par la voie de la contrainte par corps (52, C. p.). Ces mots, peut être poursuivie, ne veulent pas dire que le juge est libre de la prononcer ou non. Ils expriment le pouvoir qui lui est accordé, et non une simple faculté de sa part. C'est donc une obligation pour lui de la prononcer, sans qu'il puisse s'en dispenser. Elle a même lieu de plein droit (1).

Mais il faut que la condamnation ait été prononcée par les tribunaux criminels. Si le demandeur avait porté son action devant les tribunaux civils, il se serait par cela même soumis à toutes les règles du droit commun qui président à leurs décisions. Ils ne pourraient, sans excéder les limites de leur compétence et sans dénaturer leur juridiction, imprimer au fait, afin de prononcer la contrainte par corps, les caractères et la qualification d'un délit de droit pénal (2).

Or, en matière civile, d'après l'article 126, C. pr., la contrainte par corps n'est prononcée que dans les cas prévus par la loi (2059 et suiv., C. Nap.). Il est seulement laissé à la prudence des juges de la prononcer pour dommages et intérêts, au-dessus de la somme de trois cents francs. Mais ils ne peuvent cumuler, sous un même titre, les dommages et intérêts,

(1) Loi du 17 avril 1832, art. 33, 38. — Cass., 14 juill. 1853. Sirey, 53, 1, 784.

(2) Troplong, *Contr. par corps*, nos 83, 232. — Cass., 18 nov. 1834. Sirey, 34, 1, 777.

proprement dits, avec l'estimation de la chose qui doit être payée pour en tenir lieu (1). Cependant, ils pourraient légalement prononcer la contrainte par corps pour le tout, si les deux sommes allouées, l'une en réparation du préjudice, et l'autre en représentation de la chose principale, l'avaient été expressément à titre de dommages et intérêts (2), ou si la somme unique attribuée au demandeur, pour tenir lieu des choses non restituées en nature, avait été accordée à titre de dommages et intérêts et en réparation du dommage causé (3). Tout dépend, en définitive, du caractère que les juges ont imprimé à leur condamnation.

Lorsque les juges sont appelés à user de la faculté que leur confère l'article 126, C. pr., ils doivent surtout prendre en considération, à l'égard de l'auteur du délit ou quasi-délit, sa mauvaise foi, son intention de nuire, ou la gravité de sa faute et de son imprudence, en l'absence de tout dessein frauduleux.

Mais, pour qu'ils puissent prononcer la contrainte par corps, il faut, en outre, que la partie y conclue expressément : ils ne peuvent y condamner d'office (4). Telles sont les règles applicables lorsqu'il s'agit de simples délits ou quasi-délits de droit civil.

L'article 126, C. pr., concerne également les tribunaux de commerce. Ils ne doivent prononcer la contrainte par corps pour dommages et intérêts que conformément à ses dispositions.

Il y a toutefois exception lorsque les dommages et intérêts alloués ont pour cause l'inexécution d'un engagement de commerce. Comme alors ils ont un caractère commercial, il con-

(1) TROPLONG, *ibid.*, n°s 228, 233. — Cass., 13 déc. 1842. SIREY, 43, 1, 82.

(2) Cass., 30 juill. 1833. SIREY, 33, 1, 861.

(3) Cass., 22 juin 1837. SIREY, 37, 1, 984. — Nîmes, 7 mars 1853. SIREY, 53, 2, 185.

(4) BONCENNE, t. 2, pag. 521. — CARRÉ, n° 540. — TROPLONG, *ibid.*, n° 231.

vient d'appliquer les dispositions de l'article 1 de la loi du 17 avril 1832, d'après lesquelles la contrainte par corps est prononcée contre toute personne, sauf quelques exceptions, pour dette commerciale d'une somme principale de deux cents francs et au-dessus.

Cette distinction entre les dommages civils et les dommages commerciaux, est fort importante sous un double rapport, en ce que la condamnation par corps pour dette commerciale est obligatoire, et qu'elle est prononcée lorsque la dette est d'une somme principale de deux cents francs et au-dessus, tandis que la contrainte par corps, dans les termes de l'article 126, C. pr., est facultative, et qu'elle ne peut être prononcée que pour des dommages et intérêts excédant trois cents francs (1).

53. Les simples dépens, qui sont la peine du plaideur téméraire, ne doivent point être considérés comme dommages et intérêts. Ils ne sont que l'indemnité des frais de procédure exposés par celui qui a gagné son procès.

Mais les tribunaux peuvent condamner la partie qui succombe aux dépens, à titre de dommages et intérêts, et, par suite, prononcer contre elle la contrainte par corps dans les termes de l'article 126, C. pr., toutes les fois qu'il résulte des circonstances, dont l'appréciation est laissée à leur pouvoir souverain, que, par la manière dont la demande ou la défense a été introduite, présentée et soutenue, elle a commis envers son adversaire un véritable délit ou quasi-délit. Il ne s'agit plus alors de la seule témérité du plaideur et de la peine qui y est attachée, mais bien d'un calcul de fraude et de mauvaise foi, d'un système d'injures et de vexations, ou tout au moins d'une faute et d'une imprudence que leur gravité rend inexcusables (2).

A plus forte raison, doit-il en être ainsi lorsqu'il existe d'ailleurs une cause réelle de dommages et intérêts, laquelle est formellement reconnue, et que le juge se borne à allouer à

(1) TROPLONG, *ibid.*, nos 372 et suiv.
(2) PIGEAU, T. 1, pag. 325. — CHAUVEAU, sur Carré, no 539.

celui qui triomphe les dépens pour tous dommages et intérêts.

Mais, nous le répétons, il faut qu'on ait à reprocher au plaideur qui succombe tout autre tort que d'avoir été simplement téméraire dans ses prétentions. Il doit y avoir de sa part, indépendamment de cette témérité ordinaire, un véritable délit ou quasi-délit, et on ne saurait éluder les dispositions protectrices de la liberté individuelle en donnant arbitrairement, et en fraude de la loi, la qualification de dommages et intérêts aux simples dépens. Moyennant ces explications et ces garanties, nous avons peine à comprendre certains scrupules (1).

Ce n'est qu'en matière civile et commerciale que la condamnation aux dépens n'entraîne point la contrainte par corps. En matière pénale, l'exécution des condamnations aux frais peut être poursuivie par la voie de la contrainte par corps, ainsi que nous l'avons vu plus haut (52, C. p.).

54. Dans les divers cas où la loi autorise la contrainte par corps contre les auteurs ou complices d'un délit de droit pénal, ce mode d'exécution n'est point reçu contre leurs successeurs et héritiers; il est attaché à la personne (2). Il en est de même en matière commerciale (3). Celui qui a personnellement contracté l'engagement est seul contraignable par corps.

Mais si cette voie d'exécution n'a pas lieu de droit contre les héritiers et successeurs, rien ne s'oppose cependant à ce que le juge la prononce contre eux, conformément à l'article 126, C. pr., lorsque les dommages et intérêts sont au-dessus de la somme de trois cents francs. En lui accordant la faculté de condamner dans ce cas même par corps, la loi l'attache à la nature de la créance, sans distinguer si elle a pour cause le fait de la partie condamnée, ou celui de son auteur. Il suffit que la condamnation soit prononcée pour dommages et intérêts,

(1) Voy. TROPLONG, *Contr. par corps*, nos 216 et 217. — BONCENNE, T. 2, pag. 539. — Toulouse, 29 fév. 1832. SIREY, 32, 2, 389.

(2) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 192. — PROUDHON, *Usuf.*, T. 3, n° 1535.

(3) TROPLONG, *Contr. par corps*, n° 387.

pour que la contrainte par corps puisse, s'ils excèdent trois cents francs, être facultativement prononcée par le juge.

ARTICLE 1384.

On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses qu'on a sous sa garde. — Le père, et la mère, après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux; — Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés; — Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. — La responsabilité ci-dessus a lieu à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

Sommaire.

1. Sur quoi se fonde cette responsabilité.
2. Responsabilité du père.
3. De la mère.
4. Après l'émancipation, distinction.
5. Elle est limitée.
6. Du tuteur.
7. Du mari et de la femme.
8. Responsabilité des maîtres et commettants, domestiques et préposés.
9. Le fait doit avoir eu lieu dans les fonctions auxquelles ces derniers étaient employés. Le maître n'est pas responsable envers eux.
10. Que doit-on entendre par préposé?
11. Suite. Ce mot suppose une subordination.
12. Pour les délits étrangers aux fonctions, il ne suffit pas d'avoir toléré le fait lorsqu'on pouvait l'empêcher.
13. L'article 1384 s'applique aux administrations et régies publiques.
14. A l'État.
15. Sauf distinction.
16. Responsabilité des instituteurs et artisans.

17. Sens des mots instituteur,
18. Et artisan.
19. Comment peuvent concourir les trois responsabilités établies par l'article 1384.
20. Suite.
21. Des élèves des lycées. Décret de 1811.
22. Conclusion sur la responsabilité de la famille.
23. En quel cas cesse la responsabilité de l'article 1384. Ordre des preuves.
24. Quel doit être le caractère de l'impossibilité dont parle le dernier paragraphe?
25. Distinction à l'égard des maîtres et commettants.
26. Sens de l'article 206, C. forest.
27. Des lois des 15 avril 1829 et 3 mai 1844, en matière de pêche et de chasse, quant à la responsabilité civile qu'elles établissent.
28. Article 73, C. p.
29. Responsabilité des communes. Loi du 10 vendémiaire an IV.
30. Action *de effusis et dejectis*.
31. L'action pour responsabilité civile est accessoire à celle ouverte contre l'auteur du fait.
32. Caractère et exercice de cette action.
33. Les tribunaux de répression n'en connaissent qu'accessoirement à l'action criminelle. Exception pour certaines contraventions.
34. Exercice séparé de chaque action devant les tribunaux civils,
35. On de répression. Conséquences.
36. Suite.
37. La responsabilité civile comprend les restitutions, dommages et intérêts et frais,
38. Mais non l'amende, si elle n'a les caractères d'une réparation,
39. Ni la confiscation de certains objets.
40. Les juges peuvent ordonner un sursis, d'après l'article 1244.
41. La contrainte par corps n'a pas lieu de droit contre les personnes civilement responsables.
42. S'il y a plusieurs coauteurs ou complices solidaires, la personne qui répond civilement de l'un d'eux est tenue pour la totalité.
43. Recours contre l'auteur du fait,
44. A moins qu'il n'ait agi sans discernement,
45. Du cas où la personne civilement responsable a participé au fait.
46. Il importe de distinguer la faute de la coopération.
47. Recours solidaire contre les auteurs du fait.
48. Recours lorsque plusieurs ont été condamnés comme civilement responsables du fait d'autrui.
49. Ces actions récursoires sont garanties par la subrogation légale.
50. Recours des habitants étrangers aux délits quand une commune a été déclarée responsable.

COMMENTAIRE.

1. Nous nous sommes occupé jusqu'à présent de la responsabilité concernant le dommage que l'on a causé par son propre fait, soit comme auteur principal, soit comme complice du délit ou du quasi-délit. Mais ce n'est pas le seul cas, ni la seule cause de responsabilité civile. On est encore responsable du dommage qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde (1384).

Le principe de cette responsabilité se fonde sur une présomption de faute et de négligence de la part des personnes auxquelles elle est imposée. A ce point de vue, et elle ne saurait être considérée autrement, elle est, tout aussi bien que l'autre, encourue pour un fait ou une faute personnelle. Elle est ainsi, dans son principe même, conforme à la théorie de la personnalité des fautes.

Mais la présomption légale de faute sur laquelle elle repose n'est elle-même qu'une simple présomption de droit, qui admet la preuve contraire. Tel est le double principe qui sert de fondement aux dispositions de l'article 1384. Il ressortira plus clairement encore des développements dans lesquels nous allons entrer.

2. Le père est responsable du dommage causé par ses enfants mineurs habitant avec lui (1384). Comme chef de la famille, c'est un droit et un devoir pour lui de diriger et de surveiller leurs actes.

Mais sa responsabilité est subordonnée à une double circonstance, s'il n'a lui-même personnellement participé au délit ou au quasi-délit. Il faut que ses enfants soient mineurs, et, en outre, qu'ils habitent ou se trouvent au moins temporairement avec lui au moment du fait (1).

S'ils étaient majeurs et qu'ils habitassent avec lui, ou si étant mineurs ils avaient une habitation séparée, le père cesserait d'être responsable. Mais il faut qu'ils aient régulièrement une

(1) DURANTON, t. 13, n° 715.

habitation séparée, comme s'ils sont placés en apprentissage, en condition, ou dans un établissement d'instruction. S'ils étaient en état de vagabondage, la responsabilité du père n'en continuerait pas moins (1), peut-être même devrait-elle être appréciée plus sévèrement, suivant les torts qui lui seraient imputables.

Le père peut même être déclaré responsable lorsqu'il habite à peu de distance de sa femme, aux soins de laquelle son enfant a été confié (2). L'éloignement ne rend point alors toute surveillance impossible de la part du père, et c'est peut-être une première faute qu'il a commise en confiant l'enfant à sa mère.

3. Quant à la mère, elle est, après le décès du mari, tenue de la même responsabilité (1384).

Mais faut-il la restreindre au seul cas du décès du père? Tel paraît être le sens littéral de l'article 1384. Cependant, si l'on considère que la femme, comme mère de famille, est elle-même chargée de surveiller et de diriger la conduite de ses enfants mineurs, qu'elle doit suppléer le mari dans ces devoirs de surveillance et de direction, il est difficile de douter que sa responsabilité ne doive être étendue aux divers cas où le mari est en état d'absense déclarée ou présumée, soit en état de démence ou d'interdiction légale (3).

Nous pensons même que la femme est responsable des actes de ses enfants mineurs habitant avec elle, et qu'elle en est responsable seule pendant l'absence de son mari, lorsque ce dernier, entreprenant un voyage plus ou moins long, pour son agrément, ses affaires, son commerce ou son industrie, les a laissés sous sa garde et sa surveillance (4). Toutefois, l'application de cette responsabilité dépend des circonstances.

(1) Zachariæ, t. 3, pag. 198, nte 4.

(2) Cass., 16 août 1841. Sirey, 41, 1, 751.

(3) Zachariæ, t. 3, pag. 197, nte 2. — Duranton, t. 13, no 716. — Sourdat, nos 830 et suiv.

(4) Toullier, t. 11, nos 278, 281. — *Contrà*, Zachariæ, *ibid.*

S'il s'agissait d'un voyage d'une très courte durée, de quelques jours seulement, bien loin que la femme fût responsable, ce serait le mari qui continuerait de l'être, comme s'il ne s'était point absenté. Il semble alors que la femme n'ait pas eu le temps de prendre elle-même en mains les rênes du gouvernement domestique.

Lorsque les époux sont séparés de corps, chacun d'eux est individuellement responsable du dommage causé par ceux de leurs enfants mineurs dont la garde lui avait été confiée (1). Si la séparation n'était que volontaire, le père pourrait encore être déclaré responsable, suivant les circonstances, des enfants mineurs habitant avec la mère.

La même responsabilité qui est imposée au père et à la mère légitimes, pèse sur le père et la mère d'un enfant naturel reconnu. La loi ne fait et ne peut faire aucune distinction (2). Peu importe même que cette filiation naturelle résulte d'une reconnaissance régulière, ou qu'elle ne soit établie en fait que par une possession d'état publique et constante. S'il en était autrement, le concubinage jouirait d'un privilége d'irresponsabilité qui ne serait justifié par rien

4. En déclarant le père et la mère responsables du fait de leurs enfants mineurs habitant avec eux, l'article 1384 semble ne faire aucune distinction à l'égard des enfants émancipés. Cependant, l'émancipation, au moins celle qui résulte du mariage, fait cesser la responsabilité des parents. Alors même que le fils continue de cohabiter avec eux, il a acquis par le mariage toute l'indépendance d'un chef de famille; et, si c'est une fille, elle a passé de l'autorité paternelle sous l'autorité maritale. Cette situation répugne, dans l'un ou l'autre cas, à l'idée d'une responsabilité quelconque de la part du père et de la mère, qui ont, au contraire, perdu à l'égard de leur enfant, ainsi émancipé, tout pouvoir légal de surveillance et de direc-

(1) Zachariæ, t. 3, pag. 198.

(2) Zachariæ, *ibid.*, Duranton, t. 13, n° 714.

tion (1). Cette opinion est au surplus confirmée par la loi du 28 septembre-6-octobre 1791, titre 2, article 7, par le Code forestier, article 206, et la loi du 3 mai 1844, article 28, sur la chasse, qui déclarent les père et mère civilement responsables des délits commis par leurs enfants mineurs, non mariés.

Quant à l'émancipation résultant de la seule déclaration faite par le père ou la mère devant le juge de paix (477), elle ne saurait produire les mêmes effets. Ce n'est pas que le père ou la mère, qui ont ainsi émancipé leur enfant, aient conservé sur lui leur pleine autorité légale; car il n'y reste soumis que jusqu'à son émancipation (372). Mais c'est déjà une faute et une imprudence de leur part, d'en avoir conféré le bienfait à un enfant qui, par sa conduite et son caractère, en était réellement indigne. D'autre part, il ne doit pas dépendre de leur seule volonté de se soustraire, au moyen d'une émancipation calculée, aux conséquences de la responsabilité civile à laquelle ils sont assujettis. Cette émancipation n'est enfin, ni dans sa cause, ni dans son but, aussi favorable que celle qui résulte du mariage. Elle ne saurait donc, à l'égard des parents, participer des mêmes avantages (2).

5. La responsabilité de la famille est limitée à la personne du père et de la mère. Elle ne s'étend pas de droit à ses autres membres, tels que les ascendants, les frères ou sœurs, ou autres parents collatéraux, alors même qu'en fait, ils seraient les chefs et administrateurs de la maison. Ils ne sont point, en cette qualité seule, tenus de répondre de leurs parents mineurs cohabitant avec eux, s'ils ne sont d'ailleurs responsables à un autre titre, comme celui de commettant, ou s'ils n'ont participé personnellement au délit ou quasi-délit.

6. L'article 1384 ne parle point du tuteur. Il est hors de doute cependant que le tuteur est responsable au même titre

(1) Duranton, t. 13, n° 715.—Toullier, t. 11, n° 277.—Zachariæ, t. 3, pag. 197, nte 3. — Sourdat, n° 827.

(2) Duranton, Zachariæ, *ibid.* — *Contrà*, Toullier, *ibid*

et sous les mêmes conditions que le père et la mère. C'est lui qui doit prendre soin de la personne du mineur (450), ou de l'interdit (509); il a même certains pouvoirs de correction qui dérivent de la puissance paternelle (468). il est enfin investi, quant à la personne du pupille, d'une autorité légale de surveillance et de direction dont l'existence suffit pour fonder à son égard l'application du principe de la responsabilité civile (1).

Quant au second mari, cotuteur avec la mère tutrice, il nous paraît également responsable en cette seule qualité. Nous ne distinguons même pas entre le cas où la mère a été maintenue dans la tutelle et celui où elle en a été déclarée déchue. Cette responsabilité nous semble indistinctement attachée à la tutelle de droit ou de fait. Dans tous les cas, en effet, le second mari ne laisse pas d'avoir la surveillance et la direction de ses pupilles. Cela suffit. La mère elle-même ne cesse pas alors d'être personnellement responsable, et sa responsabilité s'ajoute, à l'égard des tiers, à celle de son second mari. Toutefois elle pourra s'en faire décharger à son égard, en établissant que, à raison de l'autorité maritale et de la cotutelle, elle a dû s'en reposer sur lui du soin de surveiller et de diriger la conduite et l'éducation de ses enfants; que, par conséquent et dans leurs rapports particuliers, la responsabilité de la faute ou négligence doit remonter exclusivement jusqu'à lui. Mais elle ne saurait être admise à décliner la responsabilité personnelle qui lui incombe, en sa qualité de mère, envers les tiers, en invoquant l'appréciation de ces circonstances comme justifiant l'impossibilité où elle prétendrait avoir été d'empêcher le fait dommageable.

Cette responsabilité n'atteint que le tuteur ou cotuteur. Ainsi, en sont affranchis ceux qui donnent à des mineurs des soins officieux et charitables, le subrogé-tuteur, même en cas de vacance de la tutelle (424), le curateur du mineur émancipé, enfin le conseil judiciaire; ils ne sont pas responsables, du moins en ces seules qualités.

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 121.—DURANTON, T. 13, n° 719.—ZACHARIÆ, T. 3, pag. 198, n^te 7.

7. Notre article ne dit rien non plus de la responsabilité du mari quant aux délits ou quasi-délits commis par sa femme majeure ou mineure. C'est que, en principe, il n'en est point responsable, quelque soit le pouvoir marital que la loi lui confère. La partie lésée n'a donc aucun recours à exercer contre lui (1), à moins que la loi ne l'ait, par une disposition particulière, expressément déclaré responsable.

Il existe plusieurs exemples de cette responsabilité exceptionnelle. Le Code forestier (206) déclare les maris, pères, mères, et tuteurs civilement responsables des délits et contraventions commis par leurs femmes, enfants mineurs et pupilles demeurant avec eux et non mariés. Les maris, pères, mères, tuteurs sont aussi civilement responsables des délits commis, en matière de pêche, par leurs femmes, enfants mineurs et pupilles (2). Les maris, pères, mères sont enfin également responsables des délits ruraux commis par leurs femme et enfants (3).

En dehors de toute disposition exceptionnelle qui la déclare expressément, la responsabilité du mari n'existe donc que dans les cas où il a personnellement participé au délit ou quasi-délit commis par sa femme, comme l'ayant ordonné, commandé ou autorisé. La femme est alors réputée n'avoir agi que comme étant préposée par son mari, qui devient lui-même responsable en qualité de commettant, ou mieux encore, en qualité de complice du fait (4).

Mais il reste toujours dans une situation différente des autres, puisque la partie lésée doit administrer contre lui la preuve des faits sur lesquels elle entend fonder sa responsa-

(1) Duranton, t. 13, n° 720. — Zachariæ, t. 3, pag. 202. — Merlin, Quest., v° *Mari*, § 1, et Rép., v° *Délit*, § 8. — Toullier, t. 11, n° 279. — Cass., 16 août 1811. Sirey, 21, 1, 214. — 20 janv. 1825. Sirey, 25, 1, 276. — 18 nov. 1824. Sirey, 25, 1, 110.

(2) Loi du 15 avril 1829, art. 74.

(3) Loi des 28 sept.-6 oct. 1791, tit. 2, art. 7.

(4) Pothier, *Puissance maritale*, n° 52. — Toullier, t. 11, n° 280. — Sourdat, n°s 849 et suiv. — Cass., 27 fév. 1827. Sirey, 27, 1, 228.

bilité, du moment que la loi n'a point établi à sa charge, en sa seule qualité de mari, une présomption de faute ou de négligence à l'égard des actes de sa femme.

Réciproquement, la femme n'est pas responsable des faits de son mari, si elle n'y a participé, dans le cas même où il serait en état de démence. On ne peut lui objecter qu'elle devait le faire interdire et surveiller sa conduite (1).

8. Les maîtres et commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés (1384). Cette responsabilité n'est elle-même que la conséquence d'une présomption de faute et de négligence personnelle dans le choix et la surveillance des personnes que l'on emploie. Mais elle n'est attachée qu'au concours de cette double condition : il faut que l'acte dommageable émane d'un domestique ou d'un préposé, et que, en outre, il ait été commis dans les fonctions auxquelles le domestique ou le préposé était employé.

Par domestique il faut entendre toute personne qui, moyennant des gages quelconques, est attachée au service d'une autre, soit qu'il s'agisse du service de la personne elle-même et de sa famille, des soins intérieurs du ménage, ou des travaux d'une exploitation rurale.

Le terme de préposé a une acception encore plus étendue. Il signifie tous ceux qui, sans être domestiques, sont employés, avec ou sans salaire, à des soins et travaux intérieurs ou extérieurs, comme agents, commis, clercs (2), surveillants, contremaîtres, journaliers, manœuvres, postillons, voituriers, ouvriers (3), bateliers, compagnons (4) et autres subordonnés. Leur condition se caractérise et se définit essentiellement par leur dépendance, leur subordination, leur soumission et leur

(1) Merlin, Rép., v° *Femme*, n° 11. — Cass., 26 juin 1806. Sirey, 6, 1, 356.

(2) Cass., 2 déc. 1824. Sirey, 25, 1, 196.

(3) C. forest., art. 206.

(4) Loi du 15 avril 1829, art. 74.

obéissance nécessaire à la direction, à la surveillance et aux ordres du maître ou commettant. Plus ce dernier leur prend de leur propre liberté et de leur initiative, plus il les réduit à l'état d'instruments de sa volonté, plus sensible en même temps est la responsabilité qui pèse sur lui, à raison des délits ou quasi-délits commis par eux dans leur service ou leurs fonctions.

Le commettant n'est pas seulement responsable des faits de ceux qu'il a personnellement et directement commis et préposés. Il répond au même titre des faits dommageables imputés aux agents secondaires qui ont été choisis par les agents et préposés principaux, en vertu d'une délégation spéciale émanée de lui, et en vue d'assurer l'accomplissement de la commission ou du mandat. Ils sont ses préposés, comme s'il les avait nommés lui-même (1), sans préjudice de la responsabilité plus immédiate qui incombe, suivant les circonstances, aux agents principaux qui les ont choisis.

Il ne cesse pas d'être responsable, alors même que ses domestiques ou préposés commettent, dans les fonctions auxquelles ils sont employés, quelque délit ou quasi-délit, spontanément et de leur propre mouvement, sans gêne, sans contrainte, sans provocation ni excitation aucune de sa part. Sa responsabilité est même encourue, quoiqu'il établisse que le fait a eu lieu à son insu, en son absence, et qu'il allègue son impuissance ou son incapacité à diriger et surveiller ses domestiques et préposés (2).

Vainement encore prétendrait-il qu'il s'était déchargé de ces soins de surveillance et de direction sur un tiers chargé de le représenter. Il ne laisserait pas d'être personnellement responsable, sauf son recours en indemnité contre ce dernier, suivant les circonstances.

Mais s'il y avait de sa part une participation volontaire quel-

(1) Cass., 5 nov. 1855. Sirey, 57, 1, 375.

(2) Toullier, t. 11, n° 284. — Zachariæ, t. 3, pag. 199. — Cass., 30 avril 1813. Sirey, 13, 1, 350.

conque au délit ou quasi-délit, ce serait plus qu'un cas de responsabilité civile du fait d'autrui. Il devrait alors, indépendamment de sa qualité de maître ou commettant, être réputé coauteur ou complice, et, à ce titre, personnellement responsable dans les termes des articles 1382 et 1383.

9. La responsabilité du maître ou commettant n'est engagée, d'après les termes mêmes de l'article 1384, par le fait des domestiques ou préposés que lorsque le dommage a été causé dans les fonctions auxquelles ils sont employés. Elle ne s'étend point aux délits et quasi-délits qu'il peuvent commettre en dehors de leurs fonctions, aux actes dommageables qui y sont absolument étrangers, tels que les injures, les vols et voies de fait dont ils peuvent s'être rendus coupables hors de l'exercice de leurs fonctions (1).

Il convient même de ne point considérer comme commis dans les fonctions, les faits de cette nature, bien qu'ils semblent se rapporter, par certaines circonstances de temps et de lieu, au service du domestique et préposé; par exemple, le fait de la part d'un concierge d'avoir excité et facilité la débauche d'une fille mineure, en recevant pour elle des lettres corruptrices, et en introduisant dans sa loge des jeunes gens (2).

Alors, au contraire, qu'ils ont commis le fait pendant qu'ils vaquaient aux devoirs de leurs fonctions ou de leur service, le maître ou commettant ne peut décliner la responsabilité que la loi lui impose. Peu importe que le fait constitue un délit de droit civil ou de droit criminel. Ainsi, le commettant est responsable envers la régie du dommage qui lui a été causé par l'emploi de faux timbres de lettres de voiture, que son employé a fait apposer frauduleusement et lui a remis pour le besoin de son industrie, après les avoir reçus des mains des faussaires (3).

(1) Merlin, Rép., v° *Délit*, § 9, et Quest., v° *Mari*, § 1. — Zachariæ, t. 3, pag. 200. — Toullier, t. 11, n°s 286 et suiv. — Duranton, t. 13, n° 724. — Cass., 9 juill. 1807. Sirey, 7, 1, 461.

(2) *Contrà*, Paris, 8 oct. 1856. Sirey, 57, 2, 445.

(3) Paris, 15 mai 1851. Sirey, 51, 2, 359.

Peu importe encore que le dommage ait été causé par le domestique ou préposé à un tiers étranger, ou bien à un autre préposé ou domestique, pendant qu'un travail quelconque s'exécutait en commun. L'article 1384 n'établissant aucune distinction, le maître ou commettant est également responsable dans ce cas (1).

Mais les maîtres et commettants ne sont point responsables envers leurs domestiques et préposés, des accidents qui leur arrivent dans l'exécution des travaux auxquels ils les emploient (2). Ils sont à cet égard placés sous l'empire des règles communes, et n'encourent aucune responsabilité de droit, si ce n'est celle qui pèse sur toute personne, d'après les principes ordinaires, à raison des faits personnels de faute et de négligence légalement imputables (3).

10. Cette responsabilité, considérée dans son application à certaines hypothèses, peut paraître excessive et injuste. Aussi, a-t-on essayé d'en éluder quelquefois la sévérité au moyen de distinctions qui sont repoussées par les termes absolus de la loi. Comme elle suppose une subordination de la part du préposé, et de la part du maître ou commettant quelque manquement à ses devoirs de direction et de surveillance, on a prétendu qu'elle cessait à l'égard de celui qui emploie un ouvrier d'une profession connue et déterminée, tout à fait étrangère à ses connaissances et à ses habitudes personnelles, sans qu'il soit en état d'en apprécier l'habileté et la prudence, ni de le diriger et surveiller dans l'exécution des travaux auxquels il l'emploie d'une manière accidentelle et momentanée. Par application de cette prétendue règle on a décidé que le propriétaire n'était pas responsable du fait d'un couvreur qui, par la chute d'une pièce de bois, avait occasionné la mort d'une personne (4).

(1) Cass., 28 juin 1841. Sirey, 41, 1, 476.
(2) Lyon, 19 juill. 1853. Sirey, 54, 2, 745.
(3) Sourdat, nos 912, 913. — Lyon, 9 déc. 1854. Sirey, 55, 2, 606. — 5 avril 1856. Sirey, 57, 2, 297. — Cass., 9 fév. 1857. Sirey, 57, 1, 534.
(4) Douai, 25 juin 1841. Sirey, 42, 2, 49. — Sourdat, no 890.

Où s'arrêter avec un pareil principe ? Si le commettant est fondé à décliner toute responsabilité sous le prétexte que son préposé exerce une profession spéciale à laquelle il est tout à fait étranger par ses connaissances et ses habitudes, pourquoi pas le maître à l'égard de ses domestiques ? Dès lors s'évanouit leur responsabilité dans la plupart des cas, et cet affranchissement de toute réparation civile doit profiter surtout à ceux-là mêmes qui sont le plus en état d'y satisfaire ; car l'excuse tirée de l'ignorance, de l'inaptitude et de l'incapacité appartient habituellement à ceux qui se trouvent placés dans une condition meilleure d'aisance et de fortune. La crainte d'une excessive rigueur conduit ainsi à une flagrante iniquité.

L'opinion que nous combattons repose d'ailleurs sur une distinction arbitraire. L'article 1384 ne fait dépendre la responsabilité du maître ou commettant que de cette double condition : le fait doit avoir été commis par son préposé ou domestique, il doit ensuite l'avoir été dans les fonctions auxquelles il les emploie. La loi n'exige point, en outre, que le préposé exerce une profession à laquelle le commettant entende lui-même, qu'il puisse diriger, surveiller, comme ferait un véritable homme de l'art. Quand on crée en sa faveur un motif d'irresponsabilité fondé sur la spécialité de la profession qu'exerce son préposé, sur ses habitudes personnelles, ses connaissances, sa condition sociale qui le rendent tout à fait étranger à l'exercice de cette profession, on établit donc une distinction qui est repoussée par notre article.

Ainsi, pour rentrer dans l'espèce que nous avons citée, nous pensons que le commettant est responsable du dommage causé par le charpentier (1) ou le couvreur qu'il emploie, lorsque, par défaut d'habileté et de précaution, ils ont, par exemple, laissé tomber une pièce de bois. C'est ainsi encore que le maître a été, avec raison, suivant nous, déclaré responsable de l'incendie communiqué aux récoltes voisines par l'imprudence d'un de ses ouvriers pendant qu'il moissonnait (2). Sans

(1) Toullier, t. 11, n° 284.
(2) Cass., 13 déc. 1856. Sirey, 57, 1, 442.

doute, le fait n'a point pour objet et pour but la fonction elle-même ; il ne se rattache point à son exercice comme en étant l'accessoire ou le résultat. Mais il suffit qu'il s'y rattache directement par les circonstances de temps, de lieu et de service, pour que la responsabilité du maître soit engagée ; et cette responsabilité a lieu dans tous les autres cas semblables.

11. Mais, si le commettant n'est point admis à décliner la responsabilité civile qui lui incombe, en alléguant son impuissance et son inaptitude, soit à apprécier la prudence et l'habileté de son préposé, soit à le diriger et le surveiller dans l'exécution des travaux auxquels il l'emploie, il peut du moins se soustraire à cette responsabilité en établissant par l'appréciation de ses rapports avec son prétendu préposé, qu'il était dans l'impossibilité d'exercer sur sa conduite aucune surveillance. Il ne s'agit plus alors d'une simple impossibilité relative ou de fait, mais bien d'une impossibilité absolue ou de droit ; et c'est la grande erreur de l'opinion que nous venons de combattre de les avoir confondues. Si, en effet, l'article 1384 soumet les commettants à l'obligation de répondre du fait de leurs préposés, ce n'est pas seulement parce qu'ils les ont choisis, c'est encore parce qu'ils ont le droit de leur donner des ordres et des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles ils les emploient. C'est ce droit, supposé par notre article, qui fonde la subordination et l'autorité sans lesquelles il n'y a pas de véritables préposés ou commettants. Mais il suffit que ce droit, cette autorité, cette subordination existent, soit que le commettant ait ou non la capacité et le moyen d'en user, pour qu'il soit déclaré responsable du fait de son préposé.

Alors, au contraire, que le prétendu commettant n'a point le droit de donner des ordres ou instructions à son préposé, qu'il n'a aucune autorité sur sa conduite, qu'il n'existe entre eux aucun lien de subordination, comme, dans ce cas, il n'y a véritablement ni commettant ni préposé, il n'y a lieu à aucune responsabilité civile. On n'est plus dans les termes de l'article 1384, en l'absence des conditions essentielles auxquelles cette

responsabilité civile est attachée. Aussi, importe-t-il peu que le soi-disant commettant soit, par ses habitudes et ses connaissances personnelles, parfaitement apte à surveiller et diriger la conduite de son prétendu préposé, si d'ailleurs il n'en a pas le droit.

Il est donc d'une nécessité essentielle de vérifier l'existence de ce droit d'un côté, de cette subordination de l'autre, puisque les qualités de commettant et de préposé en dépendent. Or, cette autorité manque de la part du prétendu commettant, soit à raison de la manière dont le préposé est institué, soit à raison de la façon dont les travaux doivent être exécutés.

Le préposé a-t-il été institué directement par une autorité supérieure; le prétendu commettant, à moins qu'il n'en soit hiérarchiquement le chef, n'est point responsable de ses faits. Il n'a pas, en effet, sur ses actes cette autorité pleine et entière de laquelle la loi fait dépendre la responsabilité civile.

Le prétendu préposé tient-il son institution d'un contrat qui ne le place vis-à-vis de l'autre partie dans aucune condition de subordination et de dépendance, comme le locataire ou fermier (1); les actes qu'il accomplit en cette qualité spontanément et en dehors des stipulations formelles ou des conséquences nécessaires de la convention, ne sauraient engager la responsabilité du maître ou propriétaire, sans l'aveu et à l'insu duquel ils ont eu lieu.

S'agit-il d'une entreprise donnée à forfait, celui qui a traité avec l'entrepreneur, n'ayant ni la surveillance ni la direction des travaux, n'est point responsable du dommage souffert, pendant leur exécution, soit par l'un des ouvriers, soit par un tiers. L'entrepreneur seul est responsable du fait de ses préposés (2).

S'agit-il enfin de travaux à effectuer dans le domicile même du préposé, il est évident encore que le maître pour lequel il

(1) Sourdat, n° 895. — Cass., 12 juin 1855. Sirey, 55, 1, 710.

(2) Paris, 24 nov. 1842. Sirey, 42, 2, 521. — Cass., 20 août 1847. Sirey, 47, 1, 855. — Paris, 15 avril 1847. Sirey, 47, 2, 283.

travaille, n'ayant aucune surveillance à exercer, n'est point responsable de son fait.

Ainsi se limitent les dispositions de l'article 1384, et par là s'atténue leur apparente rigueur. Mais, loin d'être éludée à l'aide de distinctions arbitraires, l'application en est seulement restreinte à ses termes précis.

12. Dans un sens opposé de sévérité extrême, quelques auteurs (1) pensent que le maître pourrait être déclaré responsable des actes accomplis par son domestique, en dehors de son service, et quoiqu'ils n'eussent aucun rapport avec lui, par cela seul qu'il les aurait tolérés, pouvant les empêcher. Cette opinion nous semble excessive. Vainement M. Toullier s'autorise-t-il des décisions de la loi romaine, concernant les actions noxales. En effet, le principe de ces actions contre le maître, à raison des faits dommageables commis par ses esclaves, reposait sur ce seul fondement : pour que la responsabilité du maître fût encourue, il suffisait que le délit eût été commis à sa connaissance, *sciente domino* (2); et, par connaissance, la loi romaine entendait aussi le pouvoir d'empêcher, *sic accipienda est, si, cum prohibere posset, non prohibuit.* (3).

Mais sous notre droit français, la responsabilité établie par l'article 1384 se fonde sur un tout autre principe. Il faut que le domestique ait commis le délit ou quasi-délit dans les fonctions auxquelles il est employé, de telle sorte que le maître cesse d'être responsable, quand le fait n'a aucun rapport avec les fonctions du domestique, et qu'il a été commis en dehors de son service. Pour que la seule connaissance qu'il a eue du fait, jointe au pouvoir qu'il a eu actuellement de l'empêcher, fît peser sur lui une responsabilité civile quelconque, il faudrait qu'il pût être considéré comme ayant excité, provoqué, encouragé son domestique, à commettre le délit ou quasi-délit. Or, la seule connaissance qu'on a d'un fait qui se commet,

(1) TOULLIER, T. 11, n° 287. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 200, n^te 13.
(2) L. 2, *ff. De noxalib. action.*
(3) L. 3 et 4, *ff. ibid.*

jointe au pouvoir que l'on a de l'empêcher, ne saurait, ni en droit ni en équité, être assimilée à une coopération ou complicité légale. Il faut donc, en outre, le concours de certaines circonstances, dont l'appréciation est d'ailleurs abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Mais alors, si le maître peut être, d'après les circonstances du fait, réputé coauteur ou complice de son domestique ou préposé, il est responsable, non plus en vertu de l'article 1384, mais bien d'après les articles 1382 et 1383.

Les auteurs dont nous repoussons l'opinion semblent, au surplus, ne pas exprimer au fond, une pensée différente. Car ils sortent évidemment eux-mêmes des termes de l'article 1384. Suivant eux, le maître est responsable s'il a toléré le fait, le sachant et pouvant l'empêcher, tandis qu'il ne l'est point, s'il justifie qu'il n'a pu l'empêcher. Or, nous verrons bientôt que dans le cas prévu par l'article 1384, le maître et le commettant ne peuvent se soustraire à la responsabilité qui pèse sur eux, en offrant d'établir qu'il ne leur a pas été possible d'empêcher le fait dommageable. Alors donc que l'on crée en leur faveur une excuse que n'admet point l'article 1384, il faut que l'on sorte nécessairement de ses termes, pour entrer dans ceux des articles 1382 et 1383. Or, ces articles prévoyant la responsabilité personnelle et directe, il faut, pour y être assujetti, des actes de coopération ou de complicité. Mais, nous le répétons, la seule connaissance jointe au pouvoir d'empêcher, n'en contient qu'incomplètement les éléments légaux.

Il s'ensuit que, si le jugement ne constate pas que le fait émane de personnes dont le défendeur est légalement tenu de répondre, et s'il se borne à énoncer simplement qu'il a fait ou laissé faire, une pareille déclaration faite dans une forme alternative ne saurait constituer une base légale de condamnation (1).

13. Le principe que tout commettant répond du fait de son préposé est également applicable aux administrations et régies

(1) Cass., 16 déc. 1845. SIREY, 46, 1, 253.

publiques. Ainsi, l'administration de l'octroi et des contributions indirectes (1), le trésor public (2), l'administration des douanes (3), sont responsables des délits et quasi-délits commis par leurs préposés et agents dans l'exercice de leurs fonctions.

Plus qu'aucune autre, l'administration des postes a été l'objet de décisions judiciaires à l'occasion du transport de lettres, de valeurs, de billets, de paquets et de voyageurs. S'agit-il, par exemple, d'un accident causé à une personne ou à une chose par le choc, le bris ou la chute d'une voiture affectée par elle et en son nom au service des postes, sa responsabilité peut être engagée par le fait de ses préposés. « En droit même, dit la Cour de cassation (4), la rapidité prescrite à la marche des malles-postes par les règlements d'administration publique qui les régissent, ne saurait affranchir les courriers auxquels elles sont confiées de la responsabilité des accidents provenus de leur fait personnel, puisqu'ils sont tenus de concilier, avec la vitesse que l'intérêt public exige, la vigilance continuelle que la sûreté des personnes commande. » Or, du moment que l'accident peut être imputé au courrier qui est le préposé de l'administration, cette dernière est civilement responsable.

D'un autre côté, le postillon peut être personnellement en faute. Mais bien qu'il soit le préposé du maître de postes, et que, en conséquence, il engage la responsabilité de son commettant, néanmoins, le courrier, étant chargé lui-même de la surveillance du service, peut par sa tolérance et sa négligence se rendre participant de la faute du postillon, et en encourir personnellement la responsabilité, dans les proportions que les juges sont appelés à déterminer d'après les circonstances. Alors donc qu'il y a une faute commune entre le courrier,

(1) Cass., 19 juill. 1826. Sirey, 27, 1, 232. — 30 janv. 1833 Sirey, 33, 1, 99.

(2) Paris, 25 janv. 1833. — Sirey, 33, 2, 410. — 3 mars 1834. Sirey. 34, 2, 85. — Cass., 29 fév. 1836. Sirey, 36, 1, 293.

(3) Grenoble, 13 mars 1834. Dalloz, 34, 2, 197.

(4) 3 juin 1843. Sirey, 43, 1, 937.

dont l'administration répond, et le postillon, dont le maître de postes est responsable, les tribunaux sont autorisés à faire une équitable répartition de l'indemnité allouée à la partie lésée, dans la proportion de la faute imputable à chacun (1).

Si, enfin, l'accident avait été causé principalement par suite de la stricte exécution des règlements relatifs, par exemple, à la vitesse du transport, les juges pourraient, en condamnant le postillon pour une part sous la responsabilité du maître de postes, et le courrier pour une autre part sous la responsabilité de l'administration, laisser le surplus de la condamnation à la charge de cette dernière (2).

Mais si l'État est maître de faire ses règlements concernant la gestion des régies publiques comme il les croit le plus utiles à l'intérêt du service, et s'il ne peut jamais en poursuivre l'exécution qu'à ses risques et périls et sous sa propre responsabilité, il s'ensuit seulement que cette question de responsabilité appartient aux tribunaux ordinaires, sans qu'ils aient, toutefois, le droit de critiquer, sans excès de pouvoir, soit les dispositions, soit l'autorité des règlements établis (3).

En vertu du principe général et de droit commun posé par l'article 1384, l'administration des postes est encore civilement responsable du dommage causé par ses préposés dans l'exercice de leurs fonctions. Et cette responsabilité est encourue non seulement pour les vols, soustractions, détournements commis par eux, mais encore pour les cas de perte simple, sauf l'application, dans ce dernier cas, des dispositions particulières qui modifient et restreignent la responsabilité de la régie (4).

Ainsi, elle est responsable du détournement commis par un

(1) Cass., 30 janv. 1844. Sirey, 44, 1, 360. — 22 nov. 1848. Sirey, 48, 1, 700. — Colmar, 25 janv. 1848. Sirey, 49, 2, 345.

(2) Agen, 24 avril 1843. Sirey, 43, 2, 476. — Cass., 1er avril 1845. Sirey, 45, 1, 363.

(3) Cass., 1er avril 1845. Sirey, 45, 1, 363.

(4) Voy. Loi du 5 nivôse an V, art. 14 et suiv. — Loi du 20 mai 1854, art. 3.

de ses employés, dans l'exercice de ses fonctions, de valeurs incluses dans des lettres confiées à la poste (1), de sommes remises pour être payées sur mandat dans un autre bureau, de titres, papiers, journaux ou simples missives qui devaient être transportés par ses soins.

Mais, comme le fait imputé à l'agent de l'administration des postes est de nature à entraîner la responsabilité de la régie; que cette question de responsabilité et de réparation civile dépend de l'examen et de l'appréciation des règlements relatifs au service de la poste aux lettres, et que, en se livrant à un semblable examen, l'autorité judiciaire s'immiscerait dans l'appréciation et l'application d'actes administratifs dont les lois sur la séparation des pouvoirs lui défendent de connaître, l'autorité administrative est seule compétente pour connaître de l'action formée, en pareil cas, contre l'administration des postes (2).

Cependant, si l'action était dirigée contre l'employé personnellement, et que les faits sur lesquels elle se fonde ne fussent point de nature, en ce qui concerne le défendeur, à entraîner l'examen ou la discussion de règlements ou d'actes administratifs, les tribunaux civils seraient compétents, sauf à renvoyer à l'autorité administrative la connaissance de la question relative à la responsabilité de l'administration des postes (3).

La Cour de cassation (4) a même décidé que la compétence des tribunaux civils était générale, et qu'elle s'appliquait même aux cas où les faits de négligence et d'imprudence constituent de la part des employés des administrations publiques des infractions aux règlements de ces administrations, alors surtout

(1) Paris, 6 août 1850. SIREY, 50, 2, 404. — Cass., 12 mai 1851. SIREY, 51, 1, 349. — 12 janv. 1849. SIREY, 49, 1, 43.

(2) Trib. des conflits, 20 mai 1850. SIREY, 50, 2, 618. — 28 nov. 1850. SIREY, 51, 2, 302. — 7 avril 1851. SIREY, 51, 2, 583. — Conseil d'État, 6 déc. 1855. SIREY, 56, 2, 508.

(3) Trib. des conflits, 20 mai 1850. SIREY, 50, 2, 618. — Conseil d'État, 6 déc. 1855. SIREY, 56, 2, 508, — Voy. SOURDAT, nos 1057 et suiv.

(4) 19 déc. 1854. SIREY, 55, 1, 265.

que ces règlements ne sont pas contestés ; que, si alors l'action réagit contre l'administration elle-même et peut amener des condamnations envers elle, comme responsable du fait de ses agents, seulement ces condamnations ne peuvent être exécutées, en ce qui la concerne, que de la manière et dans les cas déterminés par la loi.

Quoi qu'il en soit, nous devons nous attacher surtout à faire ressortir le principe de la responsabilité civile qui incombe aux régies ou administrations publiques. Or, ce principe est précisément celui que pose l'article 1384.

14. Nous le trouvons consacré de la manière la plus formelle dans la loi du 5 juillet 1845, relative à la police des chemins de fer. Suivant l'article 22 de cette loi, l'État est responsable envers les particuliers du dommage causé par les administrateurs, directeurs ou employés à un titre quelconque au service de l'exploitation du chemin de fer exploité à ses frais et pour son compte. La responsabilité qui pèse sur lui est la même que celle qui incombe aux concessionnaires ou fermiers des chemins de fer.

Par application du même principe, l'État peut être déclaré responsable de l'échouement ou des avaries d'un bateau, lorsqu'il a été causé par le défaut d'entretien du canal, résultant de la négligence et de l'incurie de ses agents (1).

15. Si nous soumettons l'État, représenté par les différentes régies ou administrations publiques, à la même responsabilité qu'un simple particulier, à raison du dommage causé par ses agents et préposés dans l'exercice de leurs fonctions, ce n'est pas que le principe général et de droit commun, posé dans l'article 1384, soit indistinctement applicable à l'État. Lorsqu'il organise une administration publique, dans un intérêt de monopole ou de spéculation ordinaire, en vue d'une véritable exploitation industrielle, ou que, sous l'autorité de la loi, il fonde l'établissement de services publics dont il règle les con-

(1) Voy. Cass., 27 juin 1832. Sirey, 32, 1, 838.

ditions d'existence et les rapports réciproques envers les citoyens, quelles que soient les considérations d'ordre public et d'utilité générale qui s'y rattachent, il ne saurait, toute question de compétence demeurant réservée, se faire une position exceptionnelle et différente de celle d'un simple particulier. Il est censé exercer une industrie privée, et l'exploitation à laquelle il se livre établit entre lui et les citoyens des rapports privés qui sont régis par les principes ordinaires du droit commun, du moins en ce qui concerne au fond la responsabilité qui lui incombe. Dès lors, il est un simple commettant ordinaire, et soumis, à ce titre, à la responsabilité civile établie par l'article 1384, sauf les modifications que cette responsabilité, qui, par rapport à lui, n'est ni générale ni absolue, peut subir dans son étendue et ses effets, suivant la nature et les besoins de chaque service (1).

Mais, quant aux actes de gouvernement proprement dit, il n'est point responsable du dommage causé par les délits ou quasi-délits de ses divers fonctionnaires, qui, dans l'ordre de la hiérarchie et dans les différentes branches de l'administration, sont dépositaires d'une part plus ou moins considérable d'autorité publique. Leurs actes, de quelque nature qu'ils soient, n'engagent point sa responsabilité. Autrement, la marche du gouvernement serait constamment entravée, et son action amoindrie. L'intérêt public souffrirait de tout ce qui serait concédé à des intérêts individuels. D'ailleurs, le caractère même des pouvoirs qui résument la souveraineté et en qui réside le gouvernement, la mission de protection générale dont ils sont investis, la haute sphère dans laquelle ils se meuvent, et de laquelle descendent tous les pouvoirs secondaires pour entrer plus immédiatement en rapport avec les intérêts particuliers, empêchent de faire remonter jusqu'à l'État, considéré comme personne morale, les conséquences des délits et quasi-délits commis, dans l'exercice de leurs fonctions, par les

(1) Conseil d'État, 6 déc. 1855. SIREY, 56, 2, 508.

agents et fonctionnaires de tous ordres et de tous rangs. Les parties lésées n'ont de recours que contre eux.

16. Les instituteurs et les artisans sont responsables du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance (1384). C'est à cette dernière condition, jointe à leur qualité, qu'est attachée leur responsabilité civile. Elle cesse donc aussitôt que l'élève ou l'apprenti n'est plus sous la surveillance de l'instituteur ou de l'artisan.

Mais peu importe l'âge de l'élève ou de l'apprenti. La responsabilité de l'instituteur ou de l'artisan n'en est pas moins engagée quoiqu'ils soient majeurs. La loi n'établit point en effet, dans ce cas, la même distinction qu'à l'égard du père ou de la mère. Il suffit que l'élève ou l'apprenti, quelque soit son âge, soit placé sous leur surveillance (1).

17. Le terme d'instituteur est pris ici dans son sens le plus général. Il signifie tous ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de l'instruction, de l'éducation, de l'enseignement, de la surveillance de l'enfance et de la jeunesse. Mais si l'objet de leurs leçons ou de leur enseignement est indifférent quant à la responsabilité que la loi attache à l'exercice de leurs fonctions comme instituteurs, il n'en est pas de même de la manière et du mode dont ils sont appelés à les exercer.

Les dispositions de notre article s'appliquent sans doute, incontestablement, à ceux qui, étant chargés d'une manière permanente des fonctions d'instituteurs, doivent en remplir tous les devoirs sans interruption, comme il arrive dans un lycée, un collége, une pension, une institution, un séminaire, un établissement quelconque, public ou privé, destiné à recevoir et à loger, afin de les instruire, l'enfance et la jeunesse.

L'article 1384 est également applicable au cas où l'instituteur, sans être chargé d'une manière permanente de l'éducation et de l'instruction des enfants et jeunes gens *qui lui* sont confiés, a seulement la mission de leur donner des leçons

(1) DURANTON, T. 13, n° 721. — *Contrà*, SOURDAT, n° 877.

pendant une ou plusieurs heures de la journée, à une ou plusieurs reprises, soit qu'il s'agisse de classes et de cours proprement dits où sont assemblés les élèves, ou de conférences particulières auxquelles un ou plusieurs élèves se présentent individuellement (1).

Si, parmi les instituteurs, ceux-là seuls étaient responsables des actes de leurs élèves qui en sont chargés d'une manière permanente, il s'ensuivrait que, contrairement à son texte et à son esprit, la responsabilité établie par l'article 1384 ne recevrait d'application que dans un nombre de cas arbitrairement restreint. En distinguant entre ceux dont les fonctions sont permanentes et ceux dont les fonctions sont seulement temporaires et momentanées, on fait une distinction que la loi n'a point faite. Loin de là, son texte même suppose que la surveillance, qui correspond elle-même à l'exercice de la fonction, peut n'être que temporaire, puisqu'il n'établit la responsabilité de l'instituteur que pour le temps où ses élèves sont sous sa surveillance.

Telle est, en effet, la double condition à laquelle cette responsabilité est subordonnée. Il faut être instituteur ; or, peut-on contester cette qualité à celui dont les fonctions consistent à donner des leçons, de quelque nom particulier qu'on les appelle, pendant une ou plusieurs heures de la journée seulement ? Il faut ensuite que l'élève soit sous la surveillance de l'instituteur ; or, peut-on encore raisonnablement contester que l'élève soit sous la surveillance de l'instituteur pendant le temps, quelle qu'en soit la durée, où il lui donne ses leçons ? Le temps plus ou moins long pendant lequel l'instituteur est appelé à exercer ses fonctions est donc sans influence sur le principe même de sa responsabilité. Il n'a pour conséquence que d'en restreindre en fait les cas d'application, en abrégeant la surveillance de laquelle dépend sa responsabilité. Mais, de ce qu'il est plus facile à l'instituteur de s'y soustraire par la discontinuité de ses fonctions, il ne s'ensuit nullement qu'elle

(1) *Contrà*, ZACHARIÆ, t. 3, pag. 200, n^te 14.

n'existe point du tout ni jamais. Tout au contraire, elle coïncide précisément avec la durée même de sa surveillance.

Mais on ne saurait l'appliquer à ceux qui se livrent à un enseignement public, dans des cours, des classes où tous sont indistinctement admis, moins comme élèves que comme simples auditeurs. S'ils sont instituteurs dans l'acception générale du mot, ils n'exercent point sur leur auditoire cette autorité et cette surveillance qui sont les conditions essentielles de la responsabilité.

L'article 1384 est également inapplicable à ceux qui ne font que fournir la nourriture et le logement à des élèves, à moins que, outre l'enseignement que ceux-ci reçoivent au-dehors, ils ne leur donnent personnellement des leçons ou répétitions particulières.

18. Quant aux artisans, ils sont responsables du fait de leurs apprentis, comme les instituteurs le sont eux-mêmes du fait de leurs élèves. Les conditions de leur responsabilité sont les mêmes. Il y a, en effet, entre leurs positions respectives, la plus grande analogie, sauf la différence d'enseignement sous le rapport de l'élévation, de la distinction et de la noblesse.

Peu importe donc que l'artisan qui, dans l'enseignement de son art ou de son métier, est un véritable instituteur, ait constamment son apprenti sous sa direction ou sa surveillance, ou que, au contraire, ce dernier ne fasse son apprentissage qu'au moyen d'exercices et de travaux temporaires et momentanés. Il ne laisse pas d'être civilement responsable des délits et quasi-délits commis par son apprenti pendant le temps qu'il était sous sa surveillance.

19. Dans le concours de ces trois responsabilités que l'article 1384 établit à la charge du père et de la mère, des maîtres et commettants, des instituteurs et artisans, on peut se demander quel est celui auquel la responsabilité civile doit, en définitive, incomber, alors que chacun de ceux qui sont déclarés responsables se la renvoient de l'un à l'autre.

S'agit-il d'un domestique ou d'un préposé, le dommage causé

par lui dans les fonctions auxquelles il a été employé engage exclusivement la responsabilité du maître ou commettant. Mais si le dommage a été causé par un délit ou quasi-délit qui n'a aucun rapport avec les fonctions et le service du domestique ou préposé, la responsabilité en incombe au père ou à la mère, ou même au tuteur, pourvu qu'on se trouve d'ailleurs dans les termes du paragraphe 1er de l'article 1384.

Si le délit ou quasi-délit a été commis pendant que son auteur était sous la surveillance de son instituteur, ce dernier peut être déclaré seul responsable, à l'exclusion des parents, et même du maître ou commettant qui cessait alors de l'employer.

Si le fait a eu lieu pendant que son auteur n'était plus sous la surveillance de l'artisan ou instituteur, ce sont les parents qui en demeurent seuls responsables (1).

Ce n'est pas qu'aucune des trois responsabilités établies par l'article 1384 ne puisse concourir avec une autre, ni qu'elles s'excluent mutuellement, et que parmi les personnes déclarées civilement responsables, il n'y en ait aucune qui puisse être condamnée comme responsable conjointement et simultanément avec une autre. Chacune de ces responsabilités est sans doute attachée à l'existence de certaines conditions particulières; mais ces conditions ne sont point telles qu'elles ne puissent exister qu'en excluant celles-là mêmes qui pourraient fonder une autre responsabilité civile. Il est vrai que le maître et le commettant, dans le cas où leur responsabilité est encourue, sont seuls responsables, à l'exclusion de tous autres; ils ne le sont justement que parce qu'il n'exite alors aucune des conditions auxquelles est subordonnée la responsabilité des parents, de l'artisan ou de l'instituteur.

Mais il n'en est pas de même dans tous les cas; car un enfant mineur habitant avec son père ou sa mère, peut être en même temps domestique, préposé, élève ou apprenti. Or, dans ce cas, rien ne s'oppose à ce que les personnes désignées dans

(1) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 200, nte 15.

l'article 1384 soient elles-mêmes, dans les termes et dans le cercle de leur responsabilité particulière, tenues de répondre les unes envers les autres du dommage qui leur serait causé par le fait de ceux dont elles sont constituées civilement responsables. Ainsi, le père et la mère peuvent, suivant la gravité de la faute et de la négligence qui leur sont imputables, être tenus, même envers le maître, instituteur ou artisan, de répondre des délits ou quasi-délits de leurs enfants mineurs habitant avec eux, alors même qu'ils les ont commis pendant qu'ils étaient sous la surveillance de la partie lésée. Si le dommage avait été causé à un tiers, et que l'artisan ou instituteur fût condamné comme civilement responsable, il serait de même fondé, suivant les circonstances du fait, à exercer un recours contre les parents de l'élève ou apprenti mineur et habitant avec eux, à moins qu'il ne fût établi qu'il s'est absolument chargé, à ses risques et périls, de diriger et surveiller la conduite de l'auteur du délit ou quasi-délit (1).

Il s'ensuit que, si les parents, l'artisan ou instituteur étaient simultanément poursuivis comme civilement responsables, les juges pourraient répartir entre eux le montant des condamnations, dans la proportion de la faute imputable à chacun.

20. Quant au maître ou commettant, il est responsable, même envers les parents de ses domestiques ou préposés, du dommage que ces derniers leur auraient causé dans les fonctions auxquelles ils sont employés. Mais, si le délit ou quasi-délit avait été commis en dehors de leurs fonctions et qu'il n'eût aucun rapport avec elles, les parents seraient eux mêmes responsables, même envers le maître ou commettant, du dommage qui lui aurait été causé par leurs enfants mineurs, habitant avec eux, qui se trouvent être en même temps domestiques ou préposés.

Les instituteurs et artisans sont enfin responsables du dommage causé par leurs élèves et apprentis, s'il a été commis

(1) Duranton, t. 13, n° 723. — Zachariæ, t. 3, pag. 202, n° 21. — Sourdat, n°s 815 et suiv. — Cass., 29 déc. 1831. — Sirey, 33, 1, 655.

pendant qu'ils étaient sous leur surveillance, même envers les parents de ceux-ci, bien qu'ils soient mineurs et qu'ils habitent avec eux (1). Mais nous venons de voir que, même dans ce cas, les parents peuvent eux-mêmes être déclarés responsables, suivant les circonstances, soit envers les tiers, soit envers les artisans et instituteurs.

21. L'article 79 du décret du 15 novembre 1811, concernant le régime de l'Université, après avoir disposé que pour les délits commis en dehors des lycées, dans les sorties et promenades faites en commun, la partie lésée dirigera son action contre le chef de l'établissement, lequel est civilement responsable, ajoute : sauf son recours contre les pères et mères, ou tuteurs, en établissant qu'il n'a pas dépendu du maître de prévenir ni d'empêcher le délit. Cette disposition peut paraître extrêmement rigoureuse, puisque les enfants dont ils sont tenus de répondre sont nécessairement soustraits à leur surveillance. Mais il faut remarquer qu'ils ne sont soumis à un recours que lorsqu'il est établi que les maîtres ont été dans l'impossibilité d'empêcher le fait. Or, les tribunaux doivent se montrer très sévères et très difficiles sur l'admission d'une pareille excuse, dont l'allégation ne sert, le plus souvent, qu'à couvrir la négligence et l'incurie des maîtres. Les parents ne devront donc rester responsables que de l'indocilité, du mauvais caractère et des incorrigibles habitudes de leurs enfants. Nous ne comprenons même pas comment leur responsabilité peut jamais être engagée, puisque les maîtres doivent établir qu'il n'a pas dépendu d'eux de prévenir ni d'empêcher le délit, et que cette justification faite a pour résultat de les exonérer eux-mêmes de toute responsabilité envers la partie lésée, d'après le dernier paragraphe de l'article 1384, ainsi que nous le verrons bientôt. A ce point de vue, le décret de 1811 nous semble exorbitant des principes du droit commun, et nous faisons grande difficulté d'en étendre les dispositions aux établissements d'in-

(1) DELVINCOURT, t. 3, pag. 685. — *Contrà*, TOULLIER, t. 11, n° 268.

struction autres que les lycées (1). Mais en tout cas les parents sont admis à établir qu'ils n'ont pu empêcher le fait.

22. Nous sommes amené à conclure par cette observation générale : c'est que des diverses personnes qui sont désignées par l'article 1384, comme étant civilement responsables du fait d'autrui, les parents sont ceux sur lesquels, en définitive, pèse le plus souvent la responsabilité civile ; et cette conséquence n'a rien que de très naturel. Si, en effet, les parents sont constitués responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux, c'est par suite d'une sorte de cautionnement établi par les lois de la nature et de la société. Cette solidarité de la famille rend plus étroits les devoirs qui leur sont imposés d'imprimer à leurs enfants une bonne direction, et d'exercer sur eux une active surveillance. Leur responsabilité est ainsi générale, tandis que celle des autres est spéciale et subordonnée à de certaines conditions particulières. Mais, dans le cas même où commence la responsabilité du maître, du commettant, de l'instituteur ou de l'artisan, celle des parents n'est pas toujours et indistinctement absorbée. Ils peuvent encore être déclarés responsables, si de leur part il y a eu manquement aux devoirs de surveillance qui leur étaient prescrits, quoiqu'ils fussent partagés avec d'autres.

23. Cette question se rattache elle-même à celle de savoir comment et dans quels cas les personnes déclarées responsables de droit, peuvent être déchargées de toute responsabilité. Voici sur ce point les dispositions de l'article 1384 : La responsabilité qu'il établit a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité

Tel est donc l'ordre des preuves respectives dont la charge incombe à chaque partie. C'est à celui qui se prétend lésé à administrer d'abord la preuve du délit ou du quasi-délit dont

(1) Voy. Toullier, t. 11, nos 266 et 267, qui considère les dispositions du décret de 1811 comme inobligatoires, ou tout au moins comme abrogées.

il se plaint et de l'existence des diverses conditions auxquelles est subordonnée la responsabilité civile du défendeur. C'est ensuite à ce dernier à établir par tous moyens légaux de preuve, témoins ou présomptions, qu'il a été dans l'impossibilité d'empêcher le fait qui a causé le dommage. Comme c'est une exception qu'il propose, il est réputé demandeur et doit, à ce titre, prouver le fait sur lequel il la fonde.

24. Quels doivent être les caractères de cette impossibilité de laquelle seulement l'article 1384 fait résulter l'exemption de toute responsabilité civile ? La loi n'exige sans doute point une impossibilité absolue. Une aussi rigoureuse exigence serait évidemment empreinte d'injustice et d'iniquité. Il suffit que les parents, tuteurs, artisans et instituteurs aient fait pour empêcher et prévenir le délit ou quasi-délit tout ce qu'il était humainement et raisonnablement possible de faire. En prouvant qu'ils ont fait tout ce que leur prescrivait leur position, qu'ils ont accompli tous les devoirs que leur imposait leur qualité, qu'ils n'ont rien négligé dans l'exercice de leur autorité et de leur surveillance, ils auront suffisamment établi qu'il leur a été impossible d'empêcher le fait qui donne lieu à leur responsabilité. Ils en seront conséquemment quittes et affranchis.

Mais il ne leur suffirait pas, pour s'y soustraire, de prouver que le fait dont ils sont de droit civilement responsables a eu lieu hors de leur présence, à leur insu, en leur absence. La plupart des délits et quasi-délits ne se commettent point, en effet, sous les yeux mêmes de ceux qui en sont constitués responsables; et si l'ignorance et l'absence équivalaient pour eux à une impossibilité, leur responsabilité serait le plus souvent illusoire; en fait elle n'existerait presque jamais. Ils doivent donc prouver autre chose, et établir, en outre, qu'ils ont assidûment surveillé la conduite de ceux dont ils répondent; qu'ils se sont appliqués par leurs leçons et leurs exemples, par une bonne discipline domestique, à les diriger dans les voies du bien et de l'honnête, à développer leurs généreux sentiments,

a réprimer leurs penchants mauvais, à leur enseigner la modération, la prudence et le respect des lois ; et surtout que, lors de la perpétration du fait qui donne lieu à leur responsabilité, ils n'ont manqué à aucun de leurs devoirs de bonne direction et d'active surveillance. Ils doivent enfin établir qu'il n'y a eu de leur part ni faute, ni imprudence, ni négligence qui aient précédé ou accompagné le fait, et sans lesquelles il ne serait pas arrivé. Ainsi, le père ou la mère peuvent être déclarés responsables du dommage que leur fils a causé par son imprudence ou sa maladresse pendant qu'il chassait avec leur autorisation (1), ou qu'il se livrait à des jeux dangereux avec des camarades de son âge (2).

Ce point dépend au surplus des circonstances, et les tribunaux ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation. Ils peuvent donc tenir compte en faveur de celui qui est poursuivi comme civilement responsable, de ses antécédents, de sa moralité, de sa bonne conduite; des infirmités morales ou physiques qui gênent l'exercice de sa surveillance, ou affaiblissent son autorité; du caractère, des habitudes, de l'âge de l'auteur du fait; des circonstances dans lesquelles il l'a commis; de l'entraînement auquel il a cédé sous la pression d'un mouvement populaire, ou sous l'empire d'une passion violente et subite. De ces diverses circonstances de la cause, les juges sont autorisés à conclure que, de la part de la personne déclarée civilement responsable de droit, il y a eu impossibilité d'empêcher le fait qui donne lieu à sa responsabilité (3).

25. Il y a cette différence entre les père, mère, tuteurs, instituteurs et artisans d'une part, et les maîtres et commettants

(1) Cass., 2 juin 1840. Sirey, 40, 2, 538.

(2) Lyon, 30 mars 1854. Sirey, 54, 2, 331. — Nîmes, 13 mars 1855. Sirey, 55, 2, 384.

(3) Toullier, t. 11, nos 263 et 264. — Merlin, Rep., vo *Responsabilité*. — Zachariæ, t. 3, pag. 199. — Duranton, t. 13, nos 718. — Sourdat, nos 832 et suiv. — Voy. Bourges, 9 mars 1821. Sirey, 22, 2, 238. — Bordeaux, 1er avril 1829. Sirey, 29, 2, 259. — Cass., 29 mars 1827. Sirey, 28, 1, 373. — Toulouse, 7 déc. 1832. Sirey, 33, 2, 620.

de l'autre, que ces derniers ne sont point admis à établir, pour s'affranchir de toute responsabilité, qu'il leur a été impossible d'empêcher ou de prévenir le fait. Les dispositions de l'article 1384 sont, en effet, absolues et n'appliquent point, en leur faveur, l'exception d'impossibilité. Comment pourrait-elle être raisonnablement invoquée, quand les maîtres et commettants sont déclarés responsables du dommage causé par leurs domestiques ou préposés dans les fonctions auxquelles ils sont employés? Ils n'avaient qu'à ne pas les employer, ou à être plus attentifs dans leur choix (1).

Il s'ensuit que, suivant les circonstances, on a intérêt à considérer le fils ou apprenti comme préposé du père, de la mère ou de l'artisan, puisque alors ces derniers ne peuvent, en cette qualité de commettant, décliner leur responsabilité.

26. D'après l'article 206, C. forest., les maris, pères, mères et tuteurs, et en général tous maîtres et commettants, seront civilement responsables des délits et contraventions commis par leurs femmes, enfants mineurs et pupilles demeurant avec eux et non mariés, ouvriers, voituriers et autres subordonnés, sauf tout recours de droit. Cette responsabilité sera réglée conformément au paragraphe dernier de l'article 1384, C. Nap. Voici comment la Cour de cassation (2) a entendu ces dispositions : « L'article 206, C. forest., dit-elle, détermine quelles sont les personnes civilement responsables des délits que ce Code réprime. Il ajoute à l'énumération que contient l'article 1384, C. Nap., et soumet les maîtres et commettants à la responsabilité de leurs domestiques et préposés, sans la restreindre au cas où les délits auraient été commis dans les fonctions auxquelles ces domestiques et préposés étaient employés. Les maîtres et commettants, soumis à une responsabilité aussi étendue que celle qui est appliquée par l'article 1384, C. Nap.,

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 121. — LOCRÉ, T. 13, pag. 42. — DURANTON, T. 13, n° 724. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 199. — TOULLIER, T. 11, n°s 283 et 284. — Cass., 25 nov. 1813. SIREY, 14, 1, 24. — 11 juin 1836. SIREY, 37, 1, 452. — Paris, 15 mai 1851. SIREY, 51, 2, 359.

(2) 9 janv. 1845. SIREY, 45, 1, 548.

aux père, mère, instituteurs et artisans, doivent jouir de l'exception admise à l'égard de ceux-ci, par la dernière disposition dudit article 1384, laquelle est relative au cas où ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à la responsabilité. Le dernier paragraphe de l'article 206, C. forest., a pour objet d'appliquer à toutes les personnes précédemment désignées, le bénéfice de cette exception. Cet article est général et absolu, et ne fait aucune distinction quant à l'application de ces règles. »

Si donc les maîtres et commettants sont indistinctement responsables des délits forestiers commis par leurs domestiques ou préposés, soit qu'ils aient été commis ou non dans les fonctions auxquelles ces derniers étaient employés, ils sont du moins admis, comme les père, mère, instituteurs et artisans, auxquels sous ce rapport ils sont assimilés, à établir qu'il n'a pas été en leur pouvoir d'empêcher le fait qui donne lieu à leur responsabilité. Mais, pour qu'ils y soient recevables, il faut que le délit ait été commis en dehors du service ou des fonctions du domestique ou préposé et qu'il y soit entièrement étranger; car s'il avait eu lieu dans les fonctions mêmes auxquelles le domestique ou préposé était employé, outre que, en droit, l'article 206, C. forest., ne déroge point à cet égard à l'article 1384, C. Nap., en fait, le maître ou commettant ne pourrait invoquer aucune excuse d'impossibilité.

27. La loi du 15 avril 1829, article 74, et celle du 3 mai 1844, article 28, appliquent les mêmes règles à la responsabilité des maîtres et commettants, au sujet des délits de pêche ou de chasse commis par leurs domestiques ou préposés. Ils en sont constitués civilement responsables, sans que leur responsabilité soit subordonnée à la condition que ces derniers les auront commis dans les fonctions auxquelles ils étaient employés. Mais aussi, ils peuvent s'en affranchir, si le délit a eu lieu en dehors du service ou des fonctions de leurs domestiques et préposés, en établissant qu'il ne leur a pas été possible de l'empêcher. Du moment qu'ils sont assimilés, quant à la respon-

sabilité qui leur incombe, aux père, mère et tuteur, ils sont également placés sur la même ligne, quant à l'exception tirée de l'impossibilité.

Il est vrai que les lois du 15 avril 1829 et 3 mai 1844 disposent que la responsabilité qu'elles établissent sera réglée conformément à l'article 1384, C. Nap., tandis que l'article 206, C. forest., dit : conformément au paragraphe dernier de l'article 1384. Mais on ne saurait s'autoriser de cette différence de rédaction pour soutenir, d'une part, que le maître ou commettant n'est responsable des délits de pêche ou de chasse, commis par son domestique ou préposé, que lorsqu'ils ont eu lieu dans leur service ou dans l'exercice de leurs fonctions, et, d'autre part, qu'il est indistinctement fondé à décliner sa responsabilité civile, en établissant qu'il n'a pu empêcher le fait qui y donne lieu. En effet, les dispositions des lois que nous venons de citer sont, à quelques termes près, calquées sur l'article 206, C. forest. ; et si, pour en abréger la rédaction, le législateur n'a pas expressément visé le dernier paragraphe de l'article 1384, cette différence dans les termes n'en modifie point le véritable sens. Il a entendu assimiler, en les rapprochant, les maîtres et commettants aux père, mère et tuteur, et étendre leur responsabilité, même au cas où les délits de pêche ou de chasse auraient été commis par leurs domestiques ou préposés en dehors des fonctions auxquelles ils étaient employés. Et c'est pour le règlement de cette responsabilité qu'il renvoie à l'article 1384, C. Nap., en ce sens qu'ils peuvent alors s'en affranchir en prouvant qu'ils n'ont pu empêcher le fait. Mais si le fait a eu lieu dans les fonctions auxquelles étaient employés les domestiques ou préposés, ils n'ont, dans ce cas, aucune excuse ni exception à proposer, toujours conformément à l'article 1384, C. Nap. (1).

28. Outre la responsabilité établie par l'article 1384, et dont nous retrouvons la consécration dans les principes généraux

(1) Voy. cep. DALLOZ, v° *Chasse*, n° 461. — SOURDAT, n°s 922 et 923.

de notre législation civile et pénale, il existe certaines responsabilités spéciales résultant de dispositions particulières. Telle est la responsabilité des aubergistes et hôteliers, lorsqu'ils sont convaincus d'avoir logé plus de vingt-quatre heures quelqu'un qui, pendant son séjour, a commis un crime ou un délit, faute par eux d'avoir inscrit sur leur registre le nom, la profession et le domicile du coupable, sans préjudice de leur responsabilité dans le cas des articles 1952 et 1953, C. Nap. (73, C. p.).

29. Telle est encore la responsabilité des communes, établie par la loi du 10 vendémiaire an IV, titres 4 et 5.

Cette loi est inapplicable à la ville de Paris, considérée comme siége du gouvernement (1). Mais elle est applicable même au cas où les pillages et dévastations ont été commis dans un temps de révolution et de grande commotion politique. L'utilité de son application n'en est, au contraire, que plus vivement sentie à une époque où la sécurité publique, les propriétés et les personnes ont plus besoin de protection (2).

Dans les cas où les rassemblements auraient été formés d'individus étrangers à la commune sur le territoire de laquelle les délits ont été commis, et où la commune aurait pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir à l'effet de les prévenir et d'en faire connaître les auteurs, elle demeurera déchargée de toute responsabilité (tit. 4, art. 5).

Lorsque des ponts auront été rompus, des routes coupées ou interceptées, la responsabilité de la commune n'aura pas lieu dans les cas où elle justifierait avoir résisté à la destruction des ponts et des routes, ou bien avoir pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir pour prévenir l'évènement, et encore dans le cas où elle désignerait les auteurs, provocateurs et complices du délit, tous étrangers à la commune (tit. 4, art. 7 et 8).

(1) Cass., chambres réunies, 15 mai 1841. Sirey, 41, 1, 373; — et 18 déc. 1843. Sirey, 44, 1, 360.

(2) Cass., 14 janv. 1852. Sirey, 52, 1, 97.

De ces dispositions il résulte, suivant les uns (1), que pour être affranchie de toute responsabilité la commune doit prouver : 1° qu'elle a pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir à l'effet de prévenir les désordres ou d'en faire connaître les auteurs ; 2° et, en outre, que les pillages et dévastations ont été commis par des individus étrangers à son territoire ; suivant d'autres, au contraire (2), que la commune cesse d'être responsable lorsqu'elle établit qu'elle a pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir pour prévenir le fait, alors même que les rassemblements et attroupements seraient composés en partie de ses habitants.

L'indemnité due à la partie lésée pour les objets détruits, dévastés, pillés ou volés, dont la restitution ne peut se faire en nature, doit être au moins du double de leur valeur (tit. 5, art. 1), sans préjudice des dommages et intérêts, qui ne pourront jamais être moindres que la valeur entière des objets pillés et choses enlevées (tit. 5, art. 6) ; de telle sorte que, dans ce cas, la condamnation peut être portée contre la commune au triple de cette valeur (3).

Sans insister davantage sur cette responsabilité particulière, nous renvoyons aux auteurs (4) et aux nombreux monuments de la jurisprudence qui donnent le commentaire le plus complet de la loi du 10 vendémiaire an IV.

30. Il existait en droit romain une action particulière en responsabilité que le Code a passée sous silence, et que, par cela même, il n'a point consacrée. La loi romaine (5) ouvrait

(1) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 201, n^{te} 17. — DALLOZ, Rép., v° *Commune*, n°s 2678 et suiv. — Cass., 24 juill. 1837. SIREY, 37, 1, 657. — 5 mars 1839. SIREY, 39, 1, 343.

(2) Cass., chambres réunies, 15 mai 1841. SIREY, 41, 1, 373.

(3) Cass., 24 juill. 1837. SIREY, 37, 1, 657. — 17 juill. 1838. SIREY, 38, 1, 627. — 13 avril 1842. SIREY, 42, 1, 293. — Orléans, 30 juin 1849, et 9 août 1850. SIREY, 51, 2, 689.

(4) Voy. RENDU, *Responsab. des communes*. — DALLOZ, Rép., v° *Commune*, tit. 9. — SOURDAT, n°s 1090 et suiv.

(5) *ff. De his qui dejec. vel effud.*

une action solidaire contre chacune des personnes qui occupaient, comme propriétaires ou comme locataires, l'appartement d'où était tombé quelque objet qui, par sa chute, avait causé quelque dommage à un passant, sans que ce dernier fût tenu de prouver que cet objet avait été jeté précisément par le propriétaire, ou le locataire, ou quelqu'un de la maison, vu qu'il ne lui était pas possible de le savoir; *cum sanè impossibile scire quis dejecisset vel effudisset.* Cette action n'existant plus, le tiers lésé ne peut poursuivre que celui qui a jeté la chose, ou les personnes civilement responsables (1).

31. L'effet essentiel de la responsabilité civile est d'obliger les personnes qui y sont soumises à indemniser la partie lésée du dommage qu'elle a souffert, au lieu et place de ceux du fait desquelles elles doivent répondre. Elles sont tenues de payer les dommages et intérêts légitimement dus, comme si elles y étaient engagées par un cautionnement formel. Il naît donc de cette obligation, au profit de la partie lésée, une seconde action accessoire à celle qui est ouverte principalement contre l'auteur du délit ou quasi-délit. Celui qui a éprouvé le dommage ne cesse pas, en effet, de conserver contre ce dernier l'action en dommages et intérêts qui se fonde envers lui sur les articles 1382 et 1383; et il l'exerce sans préjudice de celle qui lui compète, en vertu de l'article 1384, contre les personnes déclarées civilement responsables. Bien loin que l'auteur du fait soit alors personnellement affranchi de toute obligation de réparer le dommage, il continue d'en être tenu comme débiteur direct et principal. La partie lésée retire ainsi de la responsabilité civile établie en sa faveur l'avantage d'avoir deux obligés pour un, comme au cas de cautionnement.

32. Voyons maintenant comment elle exerce cette action en responsabilité.

Le fait constitue-t-il un délit prévu par la loi pénale, elle

(1) Locré, t. 13, pag. 19. — Zachariæ, t. 3, pag. 197. — Toullier, t. 11, n°s 146 et suiv.

peut poursuivre simultanément en réparation devant la juridiction répressive, l'auteur du fait et celui qui en répond comme civilement responsable. Quelle que soit cette juridiction, tribunal de simple police, tribunal de police correctionnelle ou cour d'assises; de quelque manière qu'elle se constitue partie civile, par déclaration dans sa plainte, par citation directe ou intervention aux débats, elle peut conclure à des dommages et intérêts tout à la fois contre le prévenu, comme auteur du délit, et contre la personne qui répond civilement de son fait.

Ce n'est pas que l'action qui naît de la responsabilité civile ait jamais, à l'égard de celui qui en est tenu, un caractère pénal, alors même que le fait qui y donne lieu est l'objet d'une incrimination de cette nature. Mais si elle peut être portée devant les tribunaux de répression, c'est parce qu'elle est accessoire à l'action principale en dommages et intérêts dirigée par la partie lésée contre l'auteur du fait. Ainsi, celui qui est civilement responsable d'un fait dont l'auteur est traduit devant la cour d'assises, peut y être cité directement en dommages et intérêts (1).

Lorsqu'il se présente des cas de responsabilité civile dans les affaires criminelles, correctionnelles ou de police, les Cours et Tribunaux devant qui ces affaires sont portées doivent se conformer aux dispositions du Code Nap., liv. 3, tit. 4, chap. 2, c'est-à-dire aux articles 1382 et suivants. (74, C. p.).

33. La partie lésée ne peut poursuivre devant les tribunaux de répression la personne civilement responsable, à moins qu'elle ne soit coauteur ou complice, sans intenter en même temps son action en indemnité contre l'auteur du fait. Ils ne sont, en effet, compétents pour connaître de l'action civile en responsabilité, qu'accessoirement à l'action publique pour l'application de peine. Or, s'ils ne sont saisis que de l'action en responsabilité, ils n'ont à statuer que sur une action civile

(1) Cass., 18 juin 1847. SIREY, 47, 1, 783. — 25 fév. 1848. SIREY, 48, 1, 415.

qui sort de leur compétence. Il faut donc commencer par mettre en cause l'auteur principal du délit, et si la personne civilement responsable est seule assignée, elle ne peut, en l'état, être l'objet d'aucune condamnation (1).

Tel est le principe général; néanmoins, il reçoit exception en matière de certaines contraventions de police. En effet, d'après la Cour de cassation (2), les règlements de police relatifs à l'exercice d'une profession spéciale obligent tous ceux qui l'exercent; ils y sont soumis par cela seul qu'ils l'ont embrassée. Dès lors ils sont passibles des peines portées par la loi, ponr toute infraction à ces règlements, soit que l'infraction résulte de leur fait personnel, soit qu'elle ait été commise par leurs ouvriers ou préposés. Ils ne peuvent, daus ce cas, se prévaloir des principes concernant la responsabilité civile des maîtres et des commettants, parce que c'était à eux personnellement de veiller à l'exécution des charges que le règlement de police leur imposait. Si donc un tiers avait éprouvé un dommage par suite de la contravention, il serait recevable à poursuivre en réparation, devant le tribunal de simple police, le maître ou commettant, bien que le fait fût personnel à son préposé, lequel n'est pas en cause. Mais cette exception rentre elle-même dans la règle générale, puisque le maître est réputé avoir commis personnellement la contravention.

34. Si le fait ne constitue qu'un délit de droit civil ou un simple quasi-délit, comme les tribunaux de répression sont incompétents pour en connaître, l'action en dommages et intérêts ne peut être portée que devant les tribunaux civils.

Mais elle peut être intentée séparément contre la personne civilement responsable, sans qn'il soit nécessaire de poursuivre en même temps l'auteur du fait, sauf au défendeur à l'action en responsabilité à l'appeler en cause. La partie lésée a le droit de citer l'un ou l'autre séparément, comme elle ferait

(1) MANGIN, *Act. publ.*, T. 1, nº 34. — SOURDAT, nºs 800 et suiv. — Cass., 29 avril 1843. SIREY, 43, 1, 923.

(2) 15 janv. 1841. SIREY, 41, 1, 148.—4 juin 1842. SIREY, 42, 1, 885

d'un obligé principal et d'une caution, ou de deux coobligés solidaires.

Il doit même en être nécessairement ainsi lorsque, à l'égard de celui qui l'a accompli, le fait ne constitue ni délit, ni quasi-délit, par suite d'une exception toute personnelle tirée de son défaut de discernement.

35. Si la partie lésée a poursuivi séparément, devant les tribunaux criminels ou civils, l'auteur du fait et qu'elle ait succombé dans son action en dommages et intérêts, par des raisons tirées des circonstances intrinsèques du fait qui lui enlèvent tout caractère de délit ou de quasi-délit, elle ne pourra, sans contrevenir à la chose jugée, agir plus tard en responsabilité contre ceux que la loi déclare responsables.

Mais son action serait bien venue, si la demande contre l'auteur du fait n'avait été écartée que par une exception personnelle à ce dernier.

Si elle l'a fait, au contraire, condamner séparément à des dommages et intérêts par les tribunaux criminels ou civils, elle pourra ensuite poursuivre, devant les tribunaux civils, son action en responsabilité contre les personnes civilement responsables, et obtenir contre elles condamnation au payement de la même indemnité qui lui a été déjà allouée contre l'auteur du fait. Les tribunaux saisis n'auront même qu'à consacrer le principe de la responsabilité, sans pouvoir réduire ni augmenter le chiffre des dommages et intérêts précédemment fixé.

Il a été décidé cependant (1) que, lorsque la personne civilement responsable n'a pas figuré au procès criminel, les juges civils appelés plus tard à statuer sur l'existence et l'étendue de cette responsabilité ne sont pas liés par l'évaluation du dommage faite par les juges criminels, à l'égard de la partie condamnée. Leur indépendance, dit-on, reste entière sur ce point. Ils peuvent évaluer les dommages et intérêts d'après les éléments produits et débattus dans l'instance civile. Ainsi, ils

(1) Paris, 15 juin 1851. Sirey, 51, 2, 359.

peuvent réduire le montant des dommages et intérêts déjà alloués, et conséquemment aussi l'augmenter, à l'égard de la personne civilement responsable.

Cette décision nous paraît reposer sur une inexacte appréciation du principe de la responsabilité civile. Elle n'est, en effet, que le cautionnement indéfini par lequel la personne civilement responsable est tenue de réparer le dommage causé par le fait de celui dont elle répond. L'obligation de l'un doit donc toujours cadrer, comme engagement accessoire, avec l'obligation principale de l'autre. Or, si la personne civilement responsable est ensuite condamnée à moins que l'auteur du fait, il n'est pas vrai qu'elle soit tenue de payer pour ce dernier, puisqu'elle ne l'est que pour partie, tandis qu'elle est indéfiniment responsable de droit pour le tout. Que si elle est condamnée à plus, le principe de la responsabilité civile, considéré comme cautionnement, est encore plus manifestement méconnu, puisque la caution est alors obligée à plus que le débiteur principal; ce qui ne saurait être.

36. Si la partie lésée a poursuivi d'abord séparément la personne responsable et qu'elle ait succombé dans son action, elle pourra encore agir contre l'auteur du fait. Car, s'il ne peut pas y avoir de responsabilité civile sans un délit ou quasi-délit, il peut très bien exister un délit ou quasi-délit sans responsabilité civile.

Mais si elle a obtenu des dommages et intérêts contre la personne civilement responsable, les tribunaux pourront, lorsque plus tard elle agira contre l'auteur du fait, condamner ce dernier à une indemnité moindre ou plus forte que celle précédemment allouée contre la personne civilement responsable. Toutefois, si l'indemnité est moindre, celle-ci en profite, comme caution, puisque la responsabilité dont elle est tenue fait qu'elle ne saurait être obligée à plus que l'auteur du fait, considéré comme débiteur principal.

Là s'arrête l'assimilation que nous faisons de la responsabilité civile avec le cautionnement, et ce serait une erreur d'en

conclure que les jugements rendus avec l'un des obligés puissent acquérir vis-à-vis de l'autre l'autorité de la chose jugée, dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un cautionnement proprement dit. Leurs obligations dérivant de l'autorité seule de la loi, il n'existe aucune espèce de mandat en vertu duquel ils se représentent l'un l'autre.

37. La responsabilité civile comprend l'obligation de réparer totalement le dommage causé. Elle s'étend donc aux restitutions, dommages et intérêts et frais envers la partie lésée. Elle comprend même, s'il s'agit d'un délit de droit criminel, les frais exposés par le trésor public (1).

38. Comme l'amende constitue une peine et que toute peine est personnelle, elle n'est pas comprise dans les réparations civiles (2), à moins que la loi n'en contienne une disposition formelle, comme en matière de contravention à la police des voitures et du roulage (3), ou bien encore à moins que l'amende n'ait le caractère d'une simple réparation envers la partie lésée ou le trésor public, comme en matière de douanes et de contributions indirectes (4).

A de même le caractère de dommages et intérêts, l'amende de cinq cents francs prononcée par la loi du 15 ventôse an XIII, contre ceux qui ne payent pas aux maîtres de poste les droits qu'elle leur attribue. Ceci résulte de la destination spéciale de

(1) Toullier, t. 11, n° 276. — Zachariæ, t. 3, pag. 202. — Merlin, Rép., v° *Responsabilité*. — Cass., 18 avril 1828. Sirey, 28, 1, 384. — 4 fév. 1830. Sirey, 30, 1, 243 — 26 mai 1836. Dalloz, 36, 1, 295. — 24 mars 1855. Sirey, 55, 1, 609.

(2) Merlin, *ibid.* — Zachariæ, *ibid.* — Toullier, t. 11, n° 290. — Favard, v° *Délit*, n° 3. — Cass., 14 janv. 1819. Sirey, 24, 1, 422. — 8 août 1823. Sirey, 24, 1, 423. — 15 déc. 1827. Sirey, 28, 1, 216. — 5 nov. 1829. Sirey, 30, 1, 30. — 9 juin 1832. Sirey, 32, 1, 744. — 28 sept. 1838. Sirey, 39. 1, 445.

(3) Loi du 30 mai 1851, art. 13.

(4) Cass., 30 mai 1828. Sirey, 28, 1, 319. — 5 sept. 1828. Sirey, 29, 1, 81. — 11 oct. 1834. Sirey, 34, 1, 708. — 13 mars 1844. Sirey, 44, 1, 366.

cette amende, qui est allouée moitié aux maîtres de poste intéressés, moitié à l'administration des relais. Ainsi, le père en est tenu comme civilement responsable (1).

39. La confiscation étant elle-même une peine (11, C. p.), la responsabilité civile ne la comprend pas. La responsabilité du père de famille se borne donc, en matière de délit de chasse, aux dommages et intérêts et frais, suivant l'article 28 de la loi du 3 mai 1844. Elle ne s'étend pas à la confiscation des armes et engins, laquelle ne saurait être assimilée aux dommages et intérêts (2).

40. Les juges, en condamnant les personnes civilement responsables, sont autorisés à surseoir, conformément à l'article 1244, à l'exécution des condamnations. M. Toullier (3) cite un arrêt de parlement de Bretagne du 22 octobre 1605, qui sursit au payement de la réparation jusqu'après la mort du père de famille condamné comme civilement responsable, eu égard à sa pauvreté et à sa caducité. Aujourd'hui encore rien ne s'oppose à ce que les juges emploient, suivant les circonstances, et avec une extrême réserve, ces tempéraments d'indulgence et d'équité.

Mais, arrivant la mort du père, la condamnation devra s'exécuter non sur la part virile du fils seulement, mais sur la succession tout entière. Car, c'est le père qui est responsable, de telle sorte que la famille peut être ruinée par la faute d'un seul (4).

41. A la différence de l'auteur même du délit, les personnes déclarées simplement responsables, sans qu'elles aient d'ailleurs participé au fait comme coauteurs ou complices, ne sont pas de droit contraignables par corps pour le payement des réparations prononcées contre elles par les tribunaux de ré-

(1) 20 déc. 1834. Dalloz, 35, 1, 247.
(2) Cass., 6 juin 1850. Sirey, 50, 1, 815.
(3) T. 11, n° 275, en note. — Voy. cep. Sourdat, n° 842.
(4) Toullier, *ibid.*

pression (1). Elles ne sont soumises qu'aux dispositions de la loi civile et non à celles de l'article 52, C. p., qui ne concernent que les individus condamnés pour crimes, délits ou contraventions. C'est donc à l'article 126, C. pr., qu'il faut recourir. Or, il y a cette différence entre ces deux articles, que le premier est impératif, tandis que le second, en permettant de prononcer la contrainte par corps pour dommages et intérêts au-dessus de trois cents francs, n'en fait pour le juge qu'une simple faculté, dont il peut user ou ne pas user.

Ainsi, en matière de délits de chasse, la responsabilité des tiers est réglée conformément à l'article 1384, et ne s'applique qu'aux dommages et intérêts et frais, sans pouvoir donner lieu à la contrainte par corps. Telles sont les dispositions de l'article 28 de la loi du 3 mai 1844, et nous les voyons reproduites dans l'article 206 du Code forestier. Mais il s'ensuit seulement que les personnes civilement responsables sont affranchies de la contrainte par corps de droit pénal et obligatoire, tandis qu'elles ne le sont point de la contrainte par corps de droit civil et facultative, d'après l'article 126, C. pr.

Il y a toutefois exception dans le cas de l'article 46, C. forest., suivant lequel les adjudicataires et leurs cautions sont responsables et contraignables par corps au payement des amendes et restitutions encourues pour délits et contraventions commis, soit dans la vente, à l'ouïe de la cognée, par les facteurs, gardes-ventes, ouvriers, bûcherons, voituriers et tous autres employés par les adjudicataires.

42. Lorsque plusieurs ont commis ensemble, comme coauteurs ou complices, un délit ou un quasi-délit, et que tous ou l'un d'eux ont des parents, maîtres ou commettants qui sont tenus de répondre de leur fait, chacun de ceux-ci, comme civilement responsable, est obligé à la réparation totale, *in*

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 122. — Troplong, *Contrainte par corps*, n° 624. — Proudhon, *Usuf.*, t. 3, n° 1535. — Zachariæ, t. 3, pag. 192, nte 9. — Sourdat, n° 808. — Cass., 11 fév. 1843. Sirey, 43, 1, 662. — 18 mai 1843. Sirey, 43, 1, 743. — 3 juin 1843. Sirey, 43, 1, 937.

solidum, à raison de la solidarité qui existe entre les auteurs du fait. Il est comme caution de l'un des débiteurs solidaires.

Il ne peut, du reste, opposer à la partie lésée l'exception de division ou de discussion qui appartient à la caution ordinaire.

43. Les personnes civilement responsables ont un recours à exercer contre ceux qui, par leur fait, ont causé le dommage qu'elles ont été obligées de réparer. Ce recours en garantie est expressément réservé par quelques dispositions particulières: nous citerons l'article 206, C. forest., l'article 74 de la loi du 15 avril 1829, et l'article 8, titre 2, de la loi du 6 octobre 1791. Mais il est évidemment fondé sur un principe de droit commun.

Cette action récursoire comprend tout ce que la personne responsable a été contrainte de payer pour restitutions, indemnité et frais à la partie lésée. Elle peut même comprendre, suivant les circonstances, des dommages et intérêts au profit de celui qui l'exerce.

Peu importe la qualité de la personne civilement responsable et les rapports qui la rattachent à l'auteur du délit ou quasi-délit. Son recours n'en existe pas moins dans tous les cas contre ce dernier pour la totalité de la réparation qui lui est due. Les tribunaux ne peuvent laisser à sa charge une partie quelconque de ce qu'elle a été obligée de payer à la partie lésée, sous le seul prétexte que l'auteur du délit ou quasi-délit était son fils, son domestique, son préposé. Comme obligé principal, il doit subir dans toute sa rigueur le recours en garantie auquel il s'est exposé par son fait. Le fils de famille devra donc faire raison à son père de tout ce qu'il a payé pour lui comme civilement responsable, ou il en devra le rapport à sa succession, car c'est le payement de sa dette (851); et s'il s'agit d'un domestique, le maître peut le retenir sur les gages, de même que le tuteur le portera dans son compte de tutelle, s'il s'agit d'un pupille (1).

44. Il est, néanmoins, certains cas où cette action récur-

(1) Toullier, t. 11, n° 271. — Sourdat, n°s 770 et suiv.

soire peut être modifiée par les tribunaux, et où même elle n'existe point du tout.

L'auteur du fait a-t-il agi sans discernement, comme un enfant, un insensé, les personnes civilement responsables n'en doivent pas moins répondre dans les termes de l'article 1384. Vainement, M. Toullier (1) enseigne-t-il que dans ce cas le père peut décliner toute responsabilité en établissant que son enfant était en trop bas âge pour agir avec discernement, sauf à la partie lésée à prouver qu'il a été en son pouvoir d'empêcher le fait. Cette distinction arbitraire renverse l'ordre des preuves ; car c'est au père, comme demandeur en l'exception, à justifier cette impossibilité prétendue. Cette opinion va donc directement contre les termes de l'article 1384, et le père ne laisse pas d'être tenu de la responsabilité de droit ; mais comme l'enfant n'est point obligé personnellement de réparer le dommage qu'il a causé, et que, à son égard, l'acte qu'il a commis est considéré comme un accident fortuit, il ne peut être indirectement recherché par la personne civilement responsable, de même qu'il ne peut être directement poursuivi par la partie lésée (2).

45. Lorsque, indépendamment de la responsabilité civile qui lui incombe, la personne civilement responsable a participé au délit ou quasi-délit, pour y avoir coopéré ou l'avoir provoqué, commandé ou ordonné, les tribunaux sont autorisés, en prononçant contre elle et son consort une condamnation solidaire, non seulement à répartir entre eux le montant des réparations dans une proportion égale ou inégale, mais encore à laisser à sa charge la totalité des dommages et intérêts, de telle sorte que, loin d'avoir à exercer aucun recours, elle est exposée à une action récursoire de la part de l'autre partie qui aura payé en son acquit et à sa décharge.

Mais cette distribution des condamnations, faite suivant la

(1) T. 11, nº 270.

(2) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 202. — DURANTON, T. 7, nº 367 et T. 13, nºs 717, 719. — SOURDAT, nºs 824 et suiv.

gravité des torts imputables à chacun, se fonde sur la seule participation effective de la personne responsable au délit ou quasi-délit. Si elle n'était recherchée et condamnée qu'à raison de sa responsabilité de droit, les tribunaux ne pourraient modifier dans son exercice ni dans son étendue son recours en garantie contre l'auteur du fait. Aussi, quelque bien justifiée qu'elle soit par les circonstances de la cause, la simple présomption d'imprudence et de négligence sur laquelle reposent les dispositions de l'article 1384, n'a jamais pour conséquence de restreindre, diminuer ou supprimer son action récursoire, à moins qu'il ne soit établi, en outre, qu'elle a réellement et personnellement participé au fait comme coauteur ou complice. Alors, en cette qualité elle cesse d'être simplement responsable, puisqu'elle commence à être tenue de son propre fait.

Elle doit même être condamnée seule à la réparation du dommage causé, comme obligé principal et unique, lorsque l'auteur du délit ou quasi-délit n'a été que son instrument, a agi de bonne foi et sur son ordre, comme un domestique, un préposé. Elle n'a point de recours à exercer contre ce dernier, qui est en droit, s'il est poursuivi, de demander sa mise hors de cause (1). C'est que l'auteur du dommage est celui-là seul qui l'a ordonné, et qu'aucune faute n'est imputable a celui qui a été dans la nécessité d'obéir; *is damnum dat qui jubet dare. Ejus verò nulla culpa est cui parere necesse sit* (2).

46. Il n'est pas toujours facile de distinguer la faute simple de la participation réelle. Il y a, en effet, des fantes qui, par leur caractère, leur gravité et leurs relations avec l'évènement, sont voisines d'une coopération effective. Il y a, néanmoins, entre elles, une différence fondamentale qu'il importe de soigneusement établir. Or, ce qui caractérise essentiellement la participation, c'est, indépendamment des circonstances matérielles qui la constituent d'une manière plus sensible, la pré-

(1) Toullier, t. 11, n° 282.
(2) L. 169, *ff. De reg. jur.*

vision, la connaissance, l'intention, l'accord de la volonté avec l'accomplissement du fait. Voilà le point qu'il faut surtout rechercher, et il n'appartient pas seulement à la partie lésée de l'établir pour obtenir une condamnation plus rigoureuse contre la personne indiquée comme responsable; celui qui est pris comme auteur du fait a le même droit, afin de faire modifier ou même supprimer l'action récursoire dont il serait, à ce titre, passible de la part de celui qui ne serait considéré que comme civilement responsable.

47. Lorsque plusieurs ont été solidairement condamnés à la réparation d'un délit ou quasi-délit, celui qui a été déclaré responsable du fait de l'un d'eux ou de tous, a contre tous solidairement une action récursoire en garantie, alors même que le jugement aurait réparti inégalement entre eux le montant des condamnations (1). Celui d'entre eux qui aura payé n'aura ensuite à exercer son recours contre chacun des autres que pour sa part contributive dans la dette et dans les insolvabilités.

48. Si plusieurs personnes ont été déclarées civilement responsables, chacune du fait de l'un des auteurs du délit ou quasi-délit, elles auront bien contre chacun de ces derniers un recours solidaire pour le tout. Mais, entre elles, chacune n'a de recours à exercer envers les autres que pour leur part contributive dans le montant des condamnations, et, s'il y a lieu, dans leurs insolvabilités.

Un fils de famille, un apprenti, un domestique sont, par exemple, condamnés avec le père, l'artisan et le maître, ces derniers comme civilement responsables, à trois mille francs de dommages et intérêts. Chacun des auteurs du fait, si le jugement n'établit entre eux une répartition différente, doit contribuer pour mille francs, et si l'un d'eux est insolvable, pour quinze cents francs. Si l'un d'eux paye, et que les autres soient insolvables, il n'aura pas de recours contre ceux qui ré-

(1) SOURDAT, n° 774.

pondent de ces derniers, parce que la responsabilité civile a été établie exclusivement en faveur de la partie lésée.

Si le père, l'artisan, ou le maître paye, il a contre chacun des auteurs du fait un recours en garantie solidaire. Mais, s'il exerce son recours contre ses cosorts en responsabilité, c'est-à-dire, contre ceux qui, comme lui, ont été pris seulement comme responsables, il ne pourra demander à chacun d'eux que mille francs, ou quinze cents francs si l'un d'eux est insolvable, sauf leur recours solidaire contre les auteurs du fait.

49. Dans le recours que les auteurs du délit ou quasi-délit ont à exercer les uns contre les autres, aussi bien que dans celui que les personnes civilement responsables exercent, soit les uns envers les autres, soit envers les auteurs du fait, le demandeur est légalement subrogé aux droits de la partie lésée; car il a payé pour d'autres ou avec d'autres (1251, n° 3).

50. L'article 4, titre 4 de la loi du 10 vendémiaire an IV sur la responsabilité des communes, accorde un recours contre les auteurs des délits aux habitants de la commune ou des communes responsables, qui n'ont pris aucune part à ces délits. Mais ce recours n'appartient pas à la commune en son nom, il est individuel. Du moins la commune ne peut l'exercer du chef de ceux de ses habitants qui sont étrangers aux délits qu'en indiquant leurs noms, de manière que les défendeurs puissent user du droit qu'ils ont d'examiner et de discuter la situation de ceux qui les attaquent, et de prouver que n'étant pas étrangers aux délits et devant, en conséquence, contribuer aux condamnations, ils ne satisfont pas à la condition à laquelle la loi subordonne leur recours (1).

Article 1385.

Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage

(1) Cass., 17 fév. 1852. Sirey, 52, 1, 415.

que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.

Sommaire.

1. Fondement de cette responsabilité.
2. Celui qui a l'usage de l'animal peut avoir un recours contre le propriétaire.
3. Peu importe que l'animal soit égaré ou échappé.
4. Du droit de mise en fourrière.
5. Du droit de tuer les volailles, et non les autres animaux.
6. Cette responsabilité cesse en cas de force majeure ou de faute personnelle à celui qui a éprouvé le dommage. Exemples divers.
7. Responsabilité des aubergistes et hôteliers.
8. Concours de la responsabilité du maître et de son préposé.
9. Ne sont point des excuses, l'impéritie de la personne, la fougue de l'animal, etc.
10. Concours de plusieurs animaux dans la perpétration du dommage,
11. D'une personne avec un animal.
12. De la responsabilité quant au gibier.
13. Peu importe que l'animal ait suivi son instinct ou se soit écarté de ses habitudes naturelles.
14. L'abandon noxal n'existe pas.
15. Que doit prouver le demandeur?

COMMENTAIRE.

1. Comme dans les divers cas de l'article 1384, c'est aussi sur une présomption de faute qu'est fondée la responsabilité établie par l'article 1385. Ce n'est pas à un autre titre que le propriétaire d'un animal est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé (1385).

Celui qui s'en sert est, pendant que l'animal est à son usage, tenu de la même responsabilité (1385). Il est alors seul responsable, sans que la partie lésée puisse, dans le cas où il serait en état d'insolvabilité, exercer un recours en garantie contre le propriétaire. Si la loi du 6 octobre 1791, titre 2, article 12, a une disposition contraire, en ce qui touche les délits ruraux, ce n'est là qu'une exception, qui ne saurait être appliquée aux

délits et quasi-délits d'une espèce différente (1). Voici, au surplus cette disposition : « Les dégâts que les bestiaux de toute espèce laissés à l'abandon feront sur les propriétés d'autrui, soit dans l'enceinte des habitations, soit dans un enclos rural, soit dans les champs ouverts, seront payés par les personnes qui ont la jouissance des bestiaux ; si elles sont insolvables, ces dégâts seront payés par celles qui en ont la propriété. »

2. Celui à qui l'animal a été remis pour s'en servir peut, suivant les circonstances, avoir un recours à exercer contre le propriétaire pour être par lui indemnisé du dommage causé par l'animal, et qu'il a été personnellement obligé de réparer, par exemple, en cas de louage (1721), de commodat (1891), de dépôt (1947). Mais il faut pour qu'il soit fondé dans cette action récursoire, outre les conditions exigées par les articles que nous venons de citer, que le dommage ait eu pour cause les vices et défauts de l'animal, sans qu'aucune faute, négligence ou imprudence lui soit imputable.

3. Il importe peu que l'animal soit sous la garde de son maître, ou de ses domestiques et préposés, ou, qu'étant sous la garde de ces derniers, il se soit égaré ou échappé. Dans tous les cas, le maître est responsable comme répondant de sa chose ou de ses gens. C'est à lui d'être attentif dans la garde et la surveillance de sa propriété, et, comme on ne peut dire d'un animal qu'il est en faute, puisqu'il est dépourvu de sens, l'imputation s'en fait nécessairement au propriétaire, ou à celui qui en a la jouissance ou l'usage.

4. Le propriétaire qui éprouve sur ses propriétés des dommages de la part de bestiaux de toute espèce laissés à l'abandon, aura le droit de les saisir, sous l'obligation de les faire conduire, dans les vingt-quatre heures, au lieu du dépôt qui sera désigné à cet effet par la municipalité. C'est ce qu'on appelle la mise en fourrière. Il sera ensuite satisfait aux dégâts par la vente des bestiaux, s'ils ne sont pas réclamés, ou si le

(1) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 203, nte 4.

dommage n'a point été payé dans la huitaine du jour du délit. Telles sont les dispositions de la loi du 6 octobre 1791, titre 2, article 12.

5. La même loi dispose que si ce sont des volailles, de quelque espèce que ce soit, qui causent le dommage, le propriétaire, le détenteur ou le fermier qui l'éprouvera pourra les tuer, mais seulement sur le lieu, au moment du dégât. Il a ce droit sans préjudice des dommages et intérêts résultant du dommage causé (1).

Mais il n'a pas le droit de tuer les bêtes de toute autre espèce, ni les animaux domestiques, tels qu'un chien qui se serait introduit sur sa propriété. Cependant, il n'y aurait point de tort imputable à celui qui ne l'aurait tué ou blessé que pour la défense de soi-même ou d'autrui. La gravité des dégâts causés peut aussi, dans une certaine mesure, légitimer un pareil acte (2).

6. Celui qui a la propriété ou la jouissance d'un animal ne peut se soustraire à la responsabilité établie par l'article 1385, qu'en prouvant que le dommage est arrivé par cas fortuit, par force majeure, sans qu'aucune faute ou négligence lui soit imputable (3).

A la force majeure il convient d'assimiler le fait d'un tiers dont il n'a pas été possible au maître ou possesseur de l'animal de se garantir ni d'éviter les conséquences dommageables, et duquel il ne doit point d'ailleurs répondre. Ce tiers étranger est alors le seul qui soit tenu de réparer le préjudice causé, sans que la partie qui l'a souffert ait, en cas d'insolvabilité de sa part, à exercer un recours contre le maître ou possesseur de l'animal. Tel est le cas où il l'a excité, irrité, effarouché (4).

Il est plus évident encore que cette responsabilité cesse lors-

(1) TOULLIER, T. 11, n° 301.

(2) Cass., 21 avril 1840. SIREY, 40, 1, 299.

(3) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 203.

(4) L. 1, § 6, *ff. Si quadrup. pauper.* — L. 11, § 5, *ff. Ad leg. Aquil.* — TOULLIER, T. 11, n° 316.

que le dommage est arrivé par le fait, la faute ou l'imprudence de celui-là même auquel il a été causé (1), comme s'il a excité, irrité l'animal en le frappant ou en le provoquant de quelque manière. Mais il ne faudrait point considérer comme provocation le seul fait de le caresser, de le toucher doucement (2); et encore ce point dépend-il beaucoup des circonstances; car il peut y avoir imprudence à s'approcher d'un animal, à le caresser, à le palper, lorsqu'on a été prévenu par un avis, par sa propre expérience ou par l'air et l'attitude de l'animal, qu'il faut s'en défier et y prendre garde (3).

J'entre ou je passe sans droit dans un terrain où paissent des taureaux; l'un d'eux se jette sur moi; le propriétaire n'est tenu d'aucune responsabilité, et si je tue l'animal pour me défendre, j'en serai, au contraire, responsable (4).

La bête de l'un pousse celle de l'autre à faire le dommage: le maître de la première est seul passible de l'action en réparation; *et si alia quadrupes aliam concitavit ut damnum daret, ejus quæ concitavit nomine agendum erit* (5).

Deux béliers ou bœufs se battent ensemble, et l'un d'eux tue l'autre. Quintus Mucius distingue; pas d'action, si c'est l'agresseur qui a péri; il y a, au contraire, action si c'est le non provocateur qui a été tué; *cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem is perisset qui adgressus erat, cessaret actio; si is qui non provocaverat, competeret actio* (6). Telle est la sage décision d'Ulpien.

Mais il n'y a pas provocation de la part d'un animal qui ne fait que s'approcher d'un autre et le flairer. Par exemple, un muletier conduit un cheval dans l'écurie d'une auberge; le cheval se met à flairer la mule, qui lance une ruade et casse la jambe au muletier. Il est fondé à poursuivre en dommages et

(1) Toullier, t. 11, *ibid.* — Zachariæ, t. 3, pag. 204.
(2) L. 1, § 7, *ff. Si quaprup. pauper.*
(3) Domat, Lois civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 2, n° 7.
(4) Toullier, *ibid.*
(5) L. 1, § 8, *ff. Si quadrup. pauper.*
(6) L. 1, § 11, *ff. ibid.*

intérêts le propriétaire de la mule (1). Telle est encore la décision d'Alfenus.

Des propriétaires de chevaux conviennent de mettre leurs bêtes au pacage commun pour y rester le jour et la nuit, sans aucun garde, en se conformant à l'usage des lieux ou suivant conventions arrêtées ; on peut alors les considérer comme ayant entendu s'affranchir réciproquement de la responsabilité établie par l'article 1385. Les chances d'accidents étant égales pour l'un et pour l'autre, ils sont censés les avoir également encourues, sans qu'aucun d'eux puisse se fonder sur un accident qui résulterait de cet état de choses convenu et accepté, pour y puiser le principe d'une action en dommages et intérêts. Il n'y aurait lieu à une action de cette nature que dans le cas où celui qui a éprouvé le dommage prouverait, par exemple, que la bête de l'autre était vicieuse, et qu'il n'en avait pas été prévenu par son propriétaire (2).

7. Les aubergistes et hôteliers, bien qu'ils n'aient ni la propriété ni la jouissance des animaux logés chez eux, sont néanmoins responsables du dommage qu'ils causent. Mais, si leur responsabilité est engagée, c'est moins à titre de quasi-délit, qu'en vertu des engagements qu'ils contractent en leur qualité même. Alors donc, par exemple, que le cheval d'un voyageur en blesse un autre dans l'écurie où ils sont placés, l'aubergiste peut être déclaré responsable, s'il n'a pris toutes les précautions nécessaires ou d'usage pour empêcher ou prévenir l'accident. Cette question, du reste, comme toutes les questions de faute, dépend beaucoup de l'appréciation des circonstances (3), sans préjudice de l'action de la partie lésée contre le voyageur.

Mais l'aubergiste aura lui-même, suivant les cas, un recours contre le maître du cheval qui a causé l'accident, s'il justifie qu'il est exempt de toute négligence, qu'il n'a pas été instruit

(1) L. 5, *ff. ibid.*
(2) Cass., 2 juill. 1851. SIREY, 51, 1, 447.
(3) TOULLIER, T. 11, n° 316.

des habitudes vicieuses de l'animal, ou que même il a été induit en erreur à cet égard.

8. Le maître de l'animal est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement envers les étrangers, mais encore envers ceux qui, comme domestiques, ouvriers et préposés, sont chargés de la garde, de la surveillance, de la conduite de l'animal, pourvu qu'aucune faute personnelle ne leur soit imputable.

Si le dommage a été éprouvé par des étrangers et qu'il soit résulté des vices et défauts propres à l'animal, sans qu'aucune faute ou imprudence soit imputable au préposé, le maître est seul responsable, sans recours contre ce dernier. Mais si, au contraire, il y a eu de sa part quelque faute, négligence ou imprudence sans laquelle le dommage ne serait pas arrivé, le maître aura contre lui une action récursoire en garantie, pour être indemnisé des condamnations dont il a été l'objet. Les juges auront à faire, dans l'appréciation des circonstances particulières, la part de la conduite du préposé et celle du caractère, des habitudes et des vices de l'animal.

9. Le propriétaire de l'animal ou celui qui s'en sert ne peut décliner sa responsabilité en prétextant sa férocité, sa fougue, sa frayeur, son emportement, ses vices (1). Il ne peut davantage s'excuser par son impéritie personnelle, sa faiblesse, son impuissance et même par les difficultés du passage, *loci iniquitas* (2). Il y a toujours faute de sa part, et tel est le caractère de l'impuissance ou de l'impéritie qu'il allègue ; *infirmitas..... imperitia culpæ adnumeratur* (3).

Il est en effet conforme à l'équité qu'il en demeure responsable, nul ne devant se mêler de choses où il sait, ou doit savoir, que son inexpérience et sa faiblesse exposent autrui à un dommage.

(1) Instit., *Princip.*, *Si quadrup. pauper.*

(2) L. 1, § 4, *ff. Si quadrup. pauper.*

(3) L. 8, § 1, *ff. Ad leg. Aquil.* — Instit., § 7, *De leg. Aquil.* — Toullier, t. 11, n° 153.

10. Lorsque plusieurs animaux appartenant à divers maîtres ont concouru à un acte dommageable, et que cet acte est indivisible dans ses éléments, le maître de chaque animal est solidairement responsable avec les autres, sauf au juge à répartir entre eux le montant des condamnations, suivant la participation de l'animal qui appartient à chacun dans la perpétration du fait.

Mais si chaque animal avait causé un dommage particulier, distinctement appréciable dans sa cause et dans son objet, il n'y aurait plus de solidarité, et chaque maître serait séparément et divisément responsable.

11. Dans le cas où une personne a concouru par son fait avec un animal pour produire le dommage, elle est responsable solidairement avec le maître de l'animal, si ce dernier est personnellement en faute et qu'il ne puisse s'excuser en alléguant que le fait de ce tiers, n'ayant pu être ni évité ni empêché, doit être considéré, à son égard, comme un fait de force majeure.

12. L'article 1385 comprend toute espèce d'animaux, domestiques ou sauvages (1). Mais il ne s'applique point au gibier; car le propriétaire du terrain sur lequel il se trouve ne peut s'en dire propriétaire.

Cependant, le propriétaire de la terre ou le fermier de la chasse pourraient être poursuivis en réparation des dégâts et dommages causés par le gibier, s'il était établi que c'est par leur fait, leur faute et négligence que le gibier s'est multiplié sur leurs propriétés de manière à devenir réellement nuisible aux propriétés voisines; par exemple, lorsque, au lieu de le détruire eux-mêmes ou de donner la permission de le détruire, ils en ont favorisé la multiplication pour se livrer au plaisir de la chasse (2). Mais remarquons que l'action est alors fondée moins sur l'article 1385 que sur les articles 1382 et 1383.

(1) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 203, nte 1.

(2) MERLIN, Rép., vo *Gibier*, no 8; Quest., *Eod. verbo*, §§ 1 et 2. —

Quant aux pigeons de colombier et aux lapins de garenne, le propriétaire, en ayant la propriété (524), est responsable des dégâts qu'ils causent, d'après notre article (1).

13. Il est enfin indifférent que l'animal ait causé le dommage en suivant son instinct, ou en s'écartant des habitudes naturelles à son espèce (2).

14. Le droit romain permettait en certains cas au propriétaire dont l'animal avait causé un dommage à autrui de l'abandonner à la partie lésée, d'en faire ce qu'il appelait l'abandon noxal, *noxæ dedere*, c'est-à-dire de le livrer vivant, *noxæ autem dedere est animal tradere vivum* (3), afin de se dispenser par là de payer l'estimation du dommage, qui pouvait être supérieure à la valeur de l'animal. Certaines coutumes avaient des dispositions semblables (4). Mais cette faculté qui, sous notre ancien droit français, n'existait pas de droit commun, n'existe évidemment point sous le Code Napoléon (5).

15. Lorsqu'une personne en poursuit une autre en réparation du dommage qu'elle prétend lui avoir été causé par un animal qui est sa propriété ou qui lui a été remis pour s'en servir, elle doit commencer par établir la réalité du dommage et prouver ensuite que le défendeur avait la propriété ou l'usage de l'animal, au moment du quasi-délit. Mais là se borne la preuve qui lui incombe; car elle est faite dans les termes mêmes de l'article 1385; et si le défendeur invoque, pour se sous-

ZACHARIÆ, T. 3, pag. 203, n[te] 1. — TOULLIER, T. 11, n[os] 304 et suiv. — Cass., 3 janv. 1810. SIREY, 10, 1, 109. — 14 sept. 1816. SIREY, 17, 1, 377. — 22 mars 1837. SIREY, 37, 1, 298. — 2 janv. 1839. SIREY, 39, 1, 26. — 31 déc. 1844. SIREY, 45, 1, 360. — 7 mars 1849. SIREY, 49, 1, 657.

(1) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 203, n[te] 1. — TOULLIER, T. 11, n[os] 314 et 315.

(2) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 203, n[te] 2. — TOULLIER, T. 11, n° 297. — Paris, 24 mai 1810. SIREY, 11, 2, 23.

(3) L. 1, § 14, *ff. Si quadrup. pauper.*

(4) Bretagne, art. 640.

(5) TOULLIER, T. 11, n° 298. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 204. — MERLIN, Rép., v° *Quasi-délit.*

traire à la responsabilité, quelque excuse ou exception, c'est à lui de l'établir, puisqu'il se porte demandeur en ce point.

Article 1386.

Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

Sommaire.

1. Sur quoi se fonde la responsabilité établie par l'article 1386.
2. Elle est attachée à la propriété. *Quid*, de l'usufruitier?
3. A qui elle s'applique. Voisins, passants, locataires, usufruitier.
4. Elle cesse si le dommage provient d'une force majeure.
5. Elle s'applique au cas de construction ou réparation.
6. Ce que comprend l'indemnité. Si elle peut être modérée.
7. S'il y a solidarité entre les copropriétaires du bâtiment.
8. De l'action *damni infecti*.
9. De l'abandon des débris; s'il est autorisé.
10. De la chute d'un arbre ou de l'une de ses branches. Éboulements, ruine, chute ou choc de choses inanimées.

COMMENTAIRE.

1. Si l'on est responsable du dommage causé par les choses animées dont on a la propriété, la jouissance ou l'usage, à plus forte raison est-on responsable du dommage causé par les choses inanimées dont on est propriétaire. Les animaux ont, en effet, un mouvement et une activité propres, et échappent ainsi parfois à la surveillance et à la direction du maître, tandis que les choses inanimées, que leur immobilité même place constamment sous sa main, semblent dans l'impuissance de produire par elles-mêmes aucun dommage, et que c'est le propriétaire qui le cause personnellement par son fait, sa faute ou sa négligence. Le propriétaire d'un bâtiment est donc responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction (1386).

2. Cette responsabilité est attachée à la propriété. Le pro-

priétaire seul est responsable, sauf son recours, s'il y a lieu, contre l'entrepreneur, l'architecte et les ouvriers (1).

L'usufruitier n'y est pas soumis, du moins directement; mais le propriétaire peut, s'il est poursuivi en dommages et intérêts, exercer son recours contre l'usufruitier, lorsque le dommage résulte de ce qu'il a négligé de faire les réparations d'entretien qui sont à sa charge (2). Dans ce cas, la partie qui a souffert le dommage peut, en vertu de l'article 1166, agir contre lui, au nom du propriétaire et comme exerçant ses droits.

L'usufruitier serait encore responsable et garant envers le nu-propriétaire, s'il avait refusé de consentir aux réparations et à la reconstruction du bâtiment qui était ruineux (3). Mais le propriétaire ne cesserait pas d'être tenu personnellement, envers la partie lésée, de réparer le dommage, sauf son recours, puisqu'il pouvait contraindre l'usufruitier à souffrir toute réparation et reconstruction jugées nécessaires, quoique leur exécution dût gêner ou suspendre l'exercice de sa jouissance.

3. Cette responsabilité ne s'applique qu'à l'égard des voisins et des passants; et encore faut-il qu'il n'y ait de leur part aucune faute ni imprudence imputables, et sans lesquelles le dommage ne serait pas arrivé.

Quant aux locataires, la garantie qui leur est due résulte du contrat de louage. Mais, pour l'usufruitier, comme il prend les choses en l'état où elles sont, et que le propriétaire est seulement tenu de le laisser jouir, c'est à lui de prendre ses précautions, et de pourvoir aux frais des réparations et reconstructions, sauf à s'en faire rendre compte à la fin de l'usufruit, sans qu'il puisse poursuivre le propriétaire en responsabilité, d'après l'article 1386 (4).

(1) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 204. — TOULLIER, T. 11, n° 317.
(2) ZACHARIÆ, *ibid.*, n^te 9. — TOULLIER, T. 11, n° 317.
(3) TOULLIER, *ibid.*
(4) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 204. — Voy. cep. TOULLIER, T. 11, n° 317.

4. La ruine du bâtiment doit résulter, soit du défaut d'entretien, soit du vice de construction. Si elle était arrivée par cas fortuit et force majeure, si le propriétaire n'avait point négligé de l'entretenir et qu'il l'eût construite suivant les règles de l'art, il cesserait d'être responsable. Aussi, le demandeur doit-il commencer par établir que la ruine du bâtiment est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. C'est là une condition essentielle, de laquelle dépend le fondement de son action, sauf au défendeur à administrer toutes preuves du contraire.

Il y aura donc force majeure, lorsque le bâtiment, quelque fût d'ailleurs son état d'entretien ou de construction, est tombé en totalité ou en partie, par suite d'un tremblement de terre, de l'irruption d'une rivière débordée, de la violence du vent ou de la tempête, auxquels des bâtiments même plus solides n'auraient pas résisté. Ainsi encore des tuiles, d'ailleurs solidement attachées, sont soulevées et détachées par la force du vent; c'est là un accident de force majeure dont nul n'est responsable (1).

5. La responsabilité de l'article 1386 s'applique également au cas où un dommage arrive soit dans la construction, reconstruction ou réparation de tout ou partie d'un bâtiment, par la négligence, l'inattention, l'imprévoyance, l'inobservation des règlements ou des mesures de précaution prescrites ou usitées en pareille circonstance, de la part du propriétaire ou de ceux dont il répond conformément à l'article 1384.

Au surplus, il faut entendre ici par bâtiment toute espèce de constructions, même d'un simple mur, quels qu'en soient les matériaux.

6. La réparation du dommage doit être entière. Néanmoins, si la maison voisine était ornée de peintures, de tableaux, de statues, d'objets d'art et de luxe, les juges pourraient, suivant les circonstances, modérer le chiffre de l'indemnité, et le ren-

(1) L. 43, *ff. De damn. infect.*

fermer dans de justes limites ; *moderatam æstimationem faciendam, quia honestus modus servandus est* (1).

7. Lorsque le bâtiment appartenait conjointement à plusieurs, chacun n'était obligé à réparer le dommage qu'en proportion de sa part de propriété, *pro dominicis partibus*, suivant les principes de la loi romaine (2). Mais sous le Code Napoléon, et par application d'une règle générale qui nous semble constituer le droit commun en matière de quasi-délits, nous pensons qu'il y a solidarité, à cause de l'indivisibilité de la négligence imputable à tous, et de l'impossibilité de déterminer la part pour laquelle la faute de chaque copropriétaire a contribué au dommage (3).

Mais entre eux la réparation devra être répartie suivant leurs parts de propriété, à moins que quelques-uns ne prétendent que la responsabilité du dommage doit incomber exclusivement à ceux d'entre eux qui ont refusé de concourir à l'entretien du bâtiment. Et, cette justification faite, ces derniers seront déclarés seuls responsables, par rapport à leurs consorts, qui toutefois ne seront point déchargés à l'égard de la partie lésée.

8. Il y avait en droit romain une action dite *damni infecti*, suivant laquelle on était autorisé à demander au propriétaire d'un bâtiment menaçant ruine caution pour le dommage éventuel qui pouvait résulter de sa chute, *cautio damni infecti* (4). Et par *damnum infectum* on entendait le dommage non réalisé, éventuel ; *damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur* (5). Faute par le propriétaire du bâtiment d'avoir donné caution *damni infecti*, on était autorisé à en prendre possession pour le réparer ou le démolir.

(1) L. 40, *ff. De damn. infect.* — Toullier, *ibid.*
(2) L. 27 et 40, *ff.* § 3, *ibid.*
(3) *Contrà*, Toullier, *ibid.*—Delvincourt, t. 3, pag. 683.—Sourdat, n° 1179.
(4) L. 7, *ff. De damn. infect.*
(5) L. 2, *ff. De damn. infect.*

Cette action n'était passée dans notre ancienne jurisprudence française qu'en subissant de notables changements. Le voisin menacé avait seulement le droit de demander que le juge ordonnât une visite des lieux, pour faire condamner ensuite le propriétaire du bâtiment qui menaçait ruine à le réparer ou à le démolir, ou, à son refus, se faire autoriser à le réparer ou à le démolir lui-même, aux frais du défendeur (1). C'est aujourd'hui une question controversée que celle de savoir si cette action subsiste encore. Les uns pensent qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative de prendre les mesures nécessaires de police (2) pour prévenir les dangers que présentent pour la sécurité publique les bâtiments menaçant ruine; qu'elle seule enfin a le droit de contraindre, par mesure de police, le propriétaire à faire réparer ou démolir son bâtiment (3).

Comme corollaire de cette opinion, celui qui craint que la chute du bâtiment ne lui cause quelque dommage a seulement le droit de protester, en attendant, contre tout dommage éventuel, et de faire constater, soit unilatéralement, soit contradictoirement en justice avec le propriétaire, l'état actuel des lieux. Mais cette protestation et cette poursuite simplement conservatoires auront lieu à ses frais; et, comme elles n'ont d'autre objet que de constituer le propriétaire en demeure et en état de contumace, elles ne peuvent aboutir immédiatement à aucune condamnation contre lui, sauf aux juges à se montrer, le cas échéant, d'autant plus sévères à son égard.

Quant à nous, nous pensons que, si cette action *damni infecti* ne peut se donner aujourd'hui dans les termes du droit romain, elle peut du moins s'exercer conformément aux usages de notre ancienne jurisprudence, et que, si le juge de police, en

(1) DOMAT, liv. 2, tit. 8, sect. 3, nos 1 et suiv.

(2) Voy. loi des 16-24 août 1790, tit. 1, art. 3. — Loi des 19-22 juill. 1791, art. 46. — C. p., art. 471, n° 5.

(3) TOULLIER, T. 11, n° 317. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 204, nte 11. — DURANTON, T. 13, n° 729. — Bruxelles, 17 mars 1825. SIREY, 25, 2, 289, et coll. nouv., T. 8, 2, 5, avec annotations conf. de l'arrêtiste.

constatant l'état ruineux du bâtiment, doit lui-même renvoyer la question de démolition à l'autorité administrative, seule compétente à cet égard (1), il n'en résulte point que le propriétaire voisin soit exclus du droit de recourir à la justice pour la défense de ses intérêts privés. Autre chose, en effet, le droit de l'administration prenant des mesures dans un intérêt public ; autre chose le droit du propriétaire agissant dans son intérêt personnel. De ce qu'elle est fondée à intervenir pour la préservation de tous, on ne saurait inférer que le voisin qui est immédiatement sous le coup du péril ne soit point recevable à agir pour la conservation de sa propriété. Son action est même d'autant plus favorable qu'elle supplée celle de l'administration, qui peut parfois se montrer négligente ou partiale. Que l'on ne dise donc point, pour interdire tout recours aux tribunaux ordinaires de la part du voisin menacé, que les pouvoirs de l'administration suffisent à tout. S'ils étaient suffisants, c'est à peine si notre question se présenterait jamais.

Il convient dès lors de rechercher si dans la nature de l'action dont nous nous occupons, il existe quelque fin de non recevoir qui s'oppose à son exercice. On objecte le caractère éventuel du dommage et les dispositions mêmes de l'article 1386, qui semble n'ouvrir d'action qu'à la suite et en conséquence de la chute du bâtiment. Aucune de ces objections ne nous paraît fondée.

Que l'article 1386 suppose l'écroulement du bâtiment consommé, c'est tout simple, puisqu'il s'agit d'établir la responsabilité du propriétaire, et que l'action en dommages et intérêts ne peut s'ouvrir contre lui que par le fait accompli du dommage réellement causé. Mais nous sommes dans une tout autre hypothèse. Il ne s'agit pas de réparer le préjudice, mais bien de le prévenir ; et, de ce que l'article 1386 déclare le propriétaire d'un bâtiment responsable du dommage causé par sa ruine, il ne s'ensuit point que le voisin exposé aux dangers d'une chute imminente ne soit point recevable à agir pour conjurer

(1) Cass., 14 août 1845. Sirey, 46, 1, 32.

le péril. Si, lors de la discussion du Code, le rapporteur de la section de législation a dit au tribunat, que le mal doit, avant tout, être constant; que le fait seul de l'écroulement légitime la plainte et la demande du lésé : ces paroles se réfèrent seulement à l'action *damni infecti*, telle qu'elle existait dans les principes de la loi romaine, et nullement à celle que notre ancienne jurisprudence avait consacrée. Or, cette dernière action n'a pas pour objet une condamnation immédiate à des dommages et intérêts; elle tend seulement à l'emploi de mesures de préservation appropriées au péril dont on est menacé et aux intérêts qu'il s'agit de sauvegarder. N'est-ce donc pas une maxime aussi conforme au droit qu'à la raison, qu'il vaut mieux prévenir le dommage que d'avoir ensuite à le réparer?

Quant au caractère éventuel du préjudice, il est bien vrai que la seule appréhension du mal est par elle-même insuffisante pour donner ouverture à aucune action, si elle ne s'appuie sur aucun intérêt actuel juridiquement appréciable. Aussi les tribunaux devront-ils, quant à l'appréciation de cet intérêt, se préoccuper de l'imminence et de la gravité du péril, des atteintes portées à la sécurité du voisin, des dispositions que le propriétaire du bâtiment a déjà prises ou est prêt à prendre pour faire cesser le danger, de toutes les circonstances enfin qui sont de nature à justifier l'intérêt et le fondement de l'action; et si elle ne se base que sur une crainte non sérieuse d'un mal hypothétique et éventuel, ils n'ont qu'à la rejeter comme mal fondée. Nous supposons donc que le péril est assez grave et assez imminent pour constituer d'ores et déjà un préjudice réel, et pour créer un intérêt actuel à agir. Dans ces termes, l'action dirigée contre le propriétaire du bâtiment nous semble aussi bien justifiée en droit qu'en équité. Elle n'est, en définitive, de même que celle en responsabilité établie par l'article 1386, que la sanction de l'obligation qui lui est imposée de faire de son droit de propriété un usage prudent et régulier, de manière à ne pas nuire à autrui. Le jugement portant condamnation à réparer ou à démolir pourra même, sui-

vant la gravité des circonstances, prononcer en outre des dommages et intérêts pour le préjudice déjà causé (1).

A plus forte raison, doit-on accueillir l'action qui naît de l'accomplissement de certains travaux qui mettent le propriétaire voisin en perpétuel péril de dommage imminent. Tel est le cas où l'exhaussement d'un mur mitoyen, au moyen d'un pan de bois, expose le voisin à un danger réel d'incendie. Celui-ci peut, sans attendre que le dommage soit réalisé, agir en démolition ou rectification des travaux (2).

9. Dans les principes du droit romain, faute par le voisin d'avoir demandé d'avance caution *damni infecti*, le propriétaire du bâtiment ruineux qui s'était écroulé sur la propriété de l'autre, avait le droit, au lieu d'enlever tous ses matériaux, à charge d'indemnité, d'abandonner, *pro derelicto habere*, les débris gisants, *omnia quæ jaceant*, le bâtiment tout entier, *totas ædes* (3). Cette sorte d'abandon noxal n'existe point sous notre droit. Celui dont le bâtiment est tombé peut être contraint à enlever les débris, sans préjudice de tous dommages et intérêts de droit (4).

10. Les dispositions de l'article 1386 s'appliquent, par analogie, au cas où la chute d'un arbre ou de l'une de ses branches a causé un dommage, lorsqu'elle est arrivée, non par accident fortuit et de force majeure, mais bien par la vétusté, le vice propre du tronc ou de la branche, *vetustate... vitio arborum*, et par suite de la négligence, de la faute du propriétaire qui n'a pas eu la précaution de les abattre ou de les couper (5).

De même et par les mêmes raisons, est responsable du dom-

(1) DELVINCOURT, T. 3, pag. 683. — HENRION de PANSEY, Compétence des juges de paix, ch. 38. — MALEVILLE, art. 1386. — LEPAGE, *Nouveau Desgodets*, T. 2, pag. 116 et 117. — MERLIN, Rép., v° *Bâtiment*, n° 3. — FOURNEL, *Traité du voisinage*, T. 1, pag. 193. — SOURDAT, n° 1174. — Rennes, 23 mars 1843. SIREY, 44, 2, 204.

(2) Bordeaux, 18 mai 1849. SIREY, 50, 2, 183.

(3) L. 6 et 7, § 2, *ff. De damn. infect.*

(4) TOULLIER, T. 11, n° 317.

(5) L. 24, § 9, *ff. De damn. infect.*

mage causé aux propriétés inférieures par des éboulements de terrain, le propriétaire qui les a déterminés ou occasionnés par des constructions, des déblais ou remblais, ou autres travaux quelconques. Mais il est évident que sa responsabilité cesse lorsque ces éboulements sont de simples accidents fortuits et de force majeure résultant du vice propre du terrain, de sa constitution géologique, des intempéries des saisons et de l'action de la nature, soit même de l'imprudence et de la négligence du propriétaire inférieur qui s'est lui-même exposé au péril, ou ne s'en est point garanti par des moyens suffisants de préservation (1).

Il est inutile de multiplier les exemples du dommage causé par la ruine, la chute ou le choc de choses inanimées. Le principe de la responsabilité, en pareil cas, est écrit dans les articles 1382 et 1383; et, si l'article 1386 s'occupe spécialement de la ruine d'un bâtiment, ce n'est pas pour restreindre les cas de responsabilité, mais seulement pour y comprendre expressément un cas d'une importance particulière.

(1) Demolombe, *Servitudes*, nos 56, 58. — Pau, 14 fév. 1832. Sirey, 32, 2, 329. — Cass., 29 nov. 1832. Sirey, 33, 1, 19. — Poitiers, 6 mai 1856. Sirey, 56, 2, 470.

FIN DU CINQUIÈME ET DERNIER VOLUME.

TABLE ALPHABÉTIQUE.

A

B

C

F

G

H

I

N

O

P

R

FIN DE LA TABLE ALPHABÉTIQUE.

TABLE

DES ARTICLES AUTRES QUE CEUX QUI FONT LE SUJET DU COMMENTAIRE,

AVEC RENVOI

Aux Numéros sous lesquels sont examinées diverses Questions les concernant.

CODE NAPOLÉON.

Art. 875	Voy. 1251, n° 74
— 878	1300, n° 12
— 879	1273, n° 12
— 882	1166, n° 35
— »	1167, n° 64
— 883	1184, nos 27 s. 39
— »	1184, n° 68
— »	1220, n° 9
— »	1221, n° 4
— »	1224, n° 5
— 892	1338, nos 36, 46
— 900	1133, n° 54
— »	1172, nos 13 s.
— »	1226, n° 3
— 909	1124, n° 3
— »	1304, n° 53
— 911	1352, n° 10
— 934	1125, n° 5
— 935	1125, n° 5
— 953	1166, n° 9
— 954	1221, n° 37
— 980	1317, nos 34 s.
— 1004	1181, n° 14
— 1011	1181, n° 14
— 1014	1181, n° 14
— 1040	1175, nos 31, 33
— »	1179, nos 11 s.
— 1044	1175, n° 37
— 1046	1168, n° 10
— 1053	1167, nos 13 s.
— 1075	1184, nos 35 s.
— 1079	1304, nos 41 s.
— 1082	1130, n° 37
— 1093	1130, n° 37
— 1099	1132, n° 11
— 1100	1352, n° 10
— 1395	1120, n° 10
— 1398	1125, n° 6
— »	1309, nos 2 s.
— 1408	1166, n° 14
— »	1186, n° 42
— 1410	1328, n° 7
— 1464	1137, nos 13 s.
— 1542	1130, n° 38
— 1558	1351, n° 12
— 1560	1166, n° 12
— »	1186, n° 45
— »	1304, n° 51
— 1569	1166, n° 13
— 1585	1138, nos 19 s. 31, 38
— 1587	1138, n° 38
— »	1174, nos 11, 13 s.
— 1588	1138, n° 37
Art. 1588	Voy. 1174, nos 11, 13 s. 18
— 1589	1138, nos 6 s.
— 1590	1174, nos 20 s.
— 1597	1304, n° 55
— 1599	1128, nos 28 s.
— 1600	1130, n° 5 s.
— 1601	1128, nos 8, 9
— 1602	1162, n° 7
— 1623	1189, n° 5
— 1630	1222, nos 11 s.
— 1636	1128, n° 8
— »	1222, n° 22
— »	1351, n° 72
— 1638	1351, n° 72
— 1644	1184, n° 104
— »	1221, n° 37
— »	1351, n° 72
— 1645	1150, n° 13
— »	1190, n° 7
— 1647	1183, n° 66
— 1649	1110, n° 5
— 1654	1184, n° 66
— »	1221, n° 37
— 1655	1184, nos 48 s.
— 1656	1184, nos 56 s.
— 1657	1184, n° 50
— 1660	1133, nos 50 s.
— »	1172, n° 42
— »	1183, n° 38
— 1662	1183, n° 37
— 1663	1183, n° 57
— 1664	1183, n° 17
— 1667	1183, nos 7, 9
— 1668	1184, nos 78 s.
— 1670	1184, nos 75 s.
— »	1221, n° 37
— 1671	1184, nos 78 s.
— 1672	1184, nos 84 s.
— 1673	1165, nos 15 s.
— »	1183, nos 70 s.
— 1681	1196, n° 3
— 1699	1186, n° 42
— 1705	1184, nos 105 s.
— 1715	1347, nos 34 s.
— 1717	1165, n° 17
— 1719	1136, n° 10
— »	1222, n° 25
— 1733	1148, nos 10 s.
— 1734	1148, nos 11 s.
— 1743	1328, n° 7
— 1751	1183, n° 5
— 1753	1166, n° 27
— 1763	1122, n° 32

Art. 1780 Voy.	1133, nos 17 s. 30
— 1782	1150, n° 9
— »	1186, n° 41
— 1795	1122, nos 13 s.
— 1798	1166, n° 27
— 1808	1148, n° 17
— 1811	1133, n° 51
— 1834	1341, n° 15
— »	1347, n° 40
— 1837	1130, nos 35 s.
— »	1133, n° 52
— 1848	1256, n° 6
— 1850	1137, n° 5
— 1855	1133, n° 51
— 1865	1122, n° 31
— 1875	1136, n° 11
— 1881	1148, n° 19
— 1882	1148, n° 19
— 1890	1186, n° 39
— 1900	1186, n° 5
— 1901	1174, n° 5
— 1904	1153, n° 11
— 1907	1347, n° 43
— 1911	1227, n° 37
— 1912	1139, n° 10
— »	1291, n° 26
— 1913	1291, n° 26
— 1927	1137, n° 6
— 1937	1239, n° 11
— 1939	1239, n° 11
— 1940	1239, n° 22
— 1952	1150, n° 9
— 1961	1180, n° 6
— »	1186, n° 47
— 1975	1322, n° 9
— 1977	1184, nos 20 s.
— »	1188, nos 2, 17, 20
— 1978	1184, nos 17 s.
— 1985	1372, nos 12 s.
— 1992	1152, n° 2
— 1994	1166, n° 27
— 1998	1338, nos 3 s. 60
— 1999	1186, n° 40
— 2001	1153, nos 33, 36
— 2009	1239, nos 16, 21
— 2011	1208, nos 12 s.
— 2012	1208, nos 9 s.
— »	1235, n° 10
— 2020	1188, n° 25
— 2021	1208, n° 9
— 2026	1244, nos 15 s.
— 2028	1153, n° 37
— 2029	1251, n° 49
Art. 2030 Voy.	1251, n° 50
— 2032	1216, n° 3
— »	1281, n° 4
— »	1298, n° 3
— 2033	1251, nos 52 s.
— 2035	1301, n° 4
— 2037	1208, nos 4 s.
— 2044	1347, n° 41
— 2047	1229, n° 5
— 2053	1110, nos 17, 26
— 2054	1110, n° 27
— 2071	1136, n° 12
— 2074	1347, n° 42
— 2078	1133, nos 50 s.
— »	1338, n° 9
— »	1304, n° 59
— 2083	1221, n° 5
— 2085	1251, n° 9
— 2088	1133, nos 50 s.
— »	1304, n° 59
— »	1338, n° 9
— 2090	1221, n° 5
— 2091	1136, n° 11
— 2102	1184, nos 41 s. 113 s.
— 2114	1221, nos 2 s.
— 2125	1183, n° 16
— 2129	1181, n° 8
— 2133	2184, n° 114
— 2135	1328, n° 34
— 2140	1309, n° 3
— 2145	1351, n° 12
— 2167	1183, nos 26 s.
— 2169	1183, nos 26 s.
— 2172	1181, n° 9
— »	1183, n° 28
— 2175	1186, n° 44
— 2177	1251, n° 24
— »	1300, nos 17 s.
— 2180	1183, nos 20 s.
— 2181	1138, n° 47
— 2183	1181, n° 9
— »	1183, n° 21
— 2219	1376, n° 22
— 2220	1133, n° 51
— »	1172, n° 43
— 2249	1224, n° 11
— 2250	1206, n° 3
— 2257	1181, n° 15
— »	1183, nos 30 s.
— 2265	1138, n° 49
— 2275	1358, nos 13, 15
— »	1367, n° 9
— 2279	1141, nos 5, 18

CODE DE PROCÉDURE CIVILE.

CODE DE COMMERCE.

CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE.

CODE PÉNAL.

CODE FORESTIER.

FIN DE LA TABLE.

LIMOGES. — DUCOURTIEUX ET Cie, IMPRIMEURS-LIBRAIRES.



